Rücktritt und Zurückweisung.

Ein Beitrag zu der

gemeinrechtlichen Lehre vom Verzuge.

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät der Universität Erlangen zur Erreichung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Otto Eiswaldt,

Referendar.

1896

Inhalt.

Einleitung.

A. Allgemeiner Teil.

§ 1. Rücktritt und Zurückweisung, Unterschied dieser Rechtsmittel.
§ 2. Die in Betracht kommenden Obligationen.

B. Specieller Teil.

I. § 3. Mora accipiendi.
II. Mora solvendi.

1. Römisches Recht.

§ 4. a) Interpretation der in Betracht kommenden Quellenstellen.
§ 5. Fortsetzung.
§ 6. b) Konstruktion der bilateralen Verträge.
§ 7. c) Der römische Proceß.
§ 8. d) Die Einschränkung der Oblationsbefugnis.
§ 9. e) Die Rücktrittsbestimmungen bei Pacht und Miete.
§ 10. f) Die Innominatkontrakte.
§ 11. g) Rückblick.

2. Gemeines Recht.

§ 12. a) Das herrschende gemeinrechtliche Princip.
§ 13. b) Die Entscheidungen der obersten Gerichte.
§ 14. c) Der heutige Proceß.
§ 15. d) Die synallagmatischen Verträge.
§§ 16 bis 19. e) α bis δ) Das Rücktrittsrecht auf dem Gebiete des Allgemeinen Landrechts, französischen und Handels-Rechts.
f) Das wirkliche Rücktrittsrecht.
§ 20. α) Zulässigkeit.
§ 21. β) Die materiellen Voraussetzungen.
§ 22. Fortsetzung.
§ 23. γ) Die formellen Voraussetzungen.

Schluß.

Zulässigkeit eines Schadensersatzanspruchs beim Rücktritt.

Anhang.

Das Rücktrittsrecht nach dem Entwurf, zweite Lesung.

Ein Verzeichnis der Litteratur befindet sich am Schluß der Abhandlung.

Einleitung.

Die Rechte der Kontrahenten aus einem geschlossenen Vertrage gehen auf genaue, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowohl, wie den übereinstimmend hinzugefügten Modalitäten entsprechende Erfüllung desselben. Wie auf den Gegenstand der Leistung, den Ort derselben u. s. w., so bezieht sich dies auch auf die Zeit, zu welcher die Erfüllung einzutreten hat. Die Kontrahenten sind zu pünktlicher Leistung verpflichtet; ist der Zeitpunkt, an welchem dieselbe erfolgen sollte, ohne Erfüllung vorübergegangen, so ist dadurch der Berechtigte verletzt. Es ist nun die Aufgabe des Rechts, Normen aufzustellen, durch welche der verletzte Kontrahent entschädigt wird, durch welche er — und dies wäre das Vollkommenste — in den Stand gesetzt wird, einen Erfolg zu erreichen, wie er ohne Verzug der Gegenseite gewesen wäre. Oft wird eine nach dem vereinbarten Termin eintretende Erfüllung nebst Schadensersatz dieselben Dienste thun, wie eine rechtzeitig geschehene; oft aber wird dies nicht der Fall sein, und gerade dann sind die rechtlichen Mittel von besonderer Wichtigkeit, aber auch sehr bestritten. Allgemein anerkannt ist, daß der Geschädigte, wenn ihm eine verspätete Erfüllung nichts mehr nützen kann, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern berechtigt ist. Oft aber bringt der Verzug eines Kontrahenten die Gegenseite in eine Lage, daß ihr zur Erreichung ihres gewollten Zweckes nach dem Rechtsgefühl nur durch das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, geholfen werden kann. Über dieses Rücktrittsrecht herrschen nun die abweichendsten Ansichten, sowohl über seine prinzipale Zulässigkeit, wie über Wesen, Umfang und Wirkung desselben. Es soll nun im Folgenden auf alle diese Punkte eingegangen, die Rücktrittsbefugnis auf den verschiedenen Rechtsgebieten betrachtet und festgestellt werden, wie weit und in welcher Form man für das heutige gemeine Recht eine derartige Befugnis anzuerkennen hat.

A. Allgemeiner Teil.

I. Rücktritt und Zurückweisung, Unterschied dieser Rechtsmittel.

§. 1.

Bevor jedoch von der Rücktritts-Befugnis auf den einzelnen Rechtsgebieten die Rede sein kann, muß erst klar gestellt werden, was eigentlich unter einer solchen zu verstehen ist; denn hauptsächlich dadurch, daß in Litteratur und Praxis dieses sogenannte Rücktrittsrecht verschieden aufgefaßt worden ist, sind die verschiedenen abweichenden Meinungen über seine Zulässigkeit entstanden.

Rücktrittsrecht kann einmal sein: das einseitige Recht zur Auflösungserklärung eines Vertrages mit rückwirkender Kraft oder, wie das Handelsgesetzbuch[1]) sich ausdrückt, „von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre"; andrerseits lediglich die Befugnis, die angebotene Leistung zurückweisen zu können. Bei der letzteren Art liegt aber nur scheinbar ein Rücktritt vor, in Wirklichkeit ist es das Recht, wie Pauli[2]) sagt, „anstatt des vereinbarten Austauschs von Waare und Preis das einige aus dem bestehenden Vertrage zu fordern, worin das durch die Vertragsverletzung des säumigen Teils beeinträchtigte und somit durch dessen Verschulden veränderte Interesse des nichtsäumigen Teils besteht". Diese lediglich Zurückweisung kommt dem wirklichen Rücktrittsrecht oft so nahe, daß Mommsen[3]) unter gewissen Umständen und Kniep[4]) in größerem Umfange ein Rücktrittsrecht da begründet sehen, wo nur ein Zurückweisen

[1]) H. G. B. art. 354, 355, 356.
[2]) Pauli, Neues Archiv für H. R. Bd. 3.
[3]) Mommsen, a. a. O. S. 258.
[4]) Kniep, a. a. O. II. S. 345 ff.

vorliegt. Mommsen, welcher ersteres unter die vermeintlichen Folgen der mora stellt, wird nämlich trotzdem zu folgendem Schlusse gedrängt:

„wenn dem Gläubiger infolge mora der anderen Seite der Gegenstand der Obligation nutzlos würde, braucht er eine spätere Leistung nicht mehr anzunehmen, er hat statt dessen nunmehr ein Recht auf ein Äquivalent für die Leistung. Da er sich dies aber nicht aufdrängen zu lassen genötigt ist, so fehlt es dem Schuldner, wenn der Gläubiger die Gegenleistung noch nicht beschafft, an einem Mittel, das Recht auf diese zu erwerben."

Für diesen Fall — heißt es weiter —

„kann man auch sagen, daß unter gewissen Umständen ein Recht des Gläubigers, vom Vertrage zurückzutreten, begründet ist."

In dem zweiten Fall, wenn also der Gläubiger die Gegenleistung schon beschafft hat, ist nach Mommsen zwar kein Rücktrittsrecht begründet, „aber dem Effekte nach dasselbe bewirkt, wie wenn der Gläubiger vom Vertrage zurücktreten könne", indem er nämlich hier, „wenn die Leistung ihm nutzlos geworden ist, im Zweifel statt der Leistung des Interesses die Restitution der Gegenleistung verlangen" kann. Gewiß tritt hier der Gläubiger nicht vom Vertrage zurück, sondern klagt aus demselben auf Erfüllung, nämlich auf Leistung des Interesses. Dies kann eben auch in der Rückgängigmachung seiner eigenen Leistung bestehen, worüber aber richterliches Ermessen, nicht ein dem Gläubiger zustehendes Rücktrittsrecht entscheidet.

Doch auch in dem ersten Falle, wenn nämlich der Gläubiger die Gegenleistung noch nicht beschafft hat, läßt sich nicht ein Rücktrittsrecht aus den Gründen, welche Mommsen heranzieht, folgern, sondern es liegt auch hier nur der Effekt eines solchen vor. Zugegeben ist jene Aufhebungsbefugnis des gegnerischen Rechtes auf die Gegenleistung; es bleibt aber — und zwar aus dem Kontrakte[1]) — eine Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz, nämlich zur Leistung des Interesses an rechtzeitiger Erfüllung, bestehen, und wenn der Gläubiger hierauf nicht dringt, so fehlt ihm dazu nicht das Recht, sondern er verzichtet darauf. Wäre es nun nicht sehr willkürlich, zu sagen: sobald man dies Interesse fordert, liegt nur Zurück-

[1]) Nur aus einem bestehenden Kontrakte kann Schadensersatz — abgesehen von dem außerkontraktlichen — nach römischem Rechte gefordert werden, und Mommsen beantwortet ja die Frage — vergl. S. 257 — „nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechts."

weisung vor — weil hier der Vertrag bestehen bleiben muß —, sobald man das Interesse nicht fordert, liegt Rücktritt vor, weil nach der Erklärung des Gläubigers auf Verzicht der Vertrag nicht mehr besteht. Ist es im Gegenteil nicht viel richtiger zu sagen, es liegt beide Male nur Zurückweisen vor, nur daß man in dem einen Falle das Interesse fordert, in dem anderen darauf verzichtet?

Teilweise nimmt Mommsen seine Behauptung auch wieder zurück, indem er jenes Rücktrittsrecht nicht als eine „besondere Folge der mora", sondern „aus der allgemeinen Natur der gegenseitigen Obligationen" rechtfertigt. Mommsen scheint hier so zu operieren: Das Recht der Zurückweisung der unnütz gewordenen Leistung nimmt dem säumigen Teil die Möglichkeit auf Erfüllung zu klagen, weil ihm entgegen gestellt werden kann, daß er ja auch seinerseits nicht erfüllt habe, der nichtsäumige Kontrahent hätte also die exceptio non adimpleti contractus. Das heißt mit anderen Worten auch nur, daß das Zurückweisen der gegnerischen Leistung den Effekt eines Rücktritts haben kann, nur durch die Konstruktion der gegenseitigen Verträge bewiesen. Vollends aber kommt Mommsen wieder auf einen bestehen bleibenden Kontrakt zurück, wenn er zweitens noch das Rücktrittsrecht aus „der durch die mora begründeten Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesses" fordert. Interesse leisten heißt eben modifiziert erfüllen.

Noch in einem anderen Falle glaubt Mommsen ein Rücktrittsrecht zu finden, wo auch nur Zurückweisung vorliegt; er sagt nämlich in Anmerkung 5:

> „Nur insofern könnte man etwa von einem solchen Rechte als einer besonderen Folge der mora des Schuldners sprechen, als der Gläubiger, wenn sich ihm nach eingetretener mora des Schuldners die Gelegenheit bietet, den Zweck der Obligation auf anderem Wege zu erreichen, im Zweifel dafür befugt gehalten werden muß, durch Benutzung dieser Gelegenheit es zu bewirken, daß der Gegenstand der Obligation ihm nutzlos wird, und dann die später vom Schuldner angebotene Leistung zurückzuweisen. Der Grund, weshalb der Gläubiger die Leistung zurückweisen kann, besteht aber in Wirklichkeit nicht in einem durch die mora begründeten Rechte, vom Vertrage zurückzutreten, sondern darin, daß die Leistung infolge der mora des Schuldners dem Gläubiger nutzlos geworden ist."

Daß hierin ein Widerspruch enthalten ist, liegt auf der Hand, und dies hat auch Kniep a. a. O. II, Seite 350, mit Recht hervorgehoben. Denn die Nutzlosigkeit der Leistung, die den Gläubiger zum Zurücktreten befugte, hat er ja selbst bewirkt, und zwar gab ihm, nach Mommsens eigenen Worten, ja die mora des Schuldners selbst hierzu das Recht. Diese Ansicht könnte also gegen ein Rücktrittsrecht nicht geltend gemacht werden; andrerseits ist sie von Kniep für die Zulässigkeit einer einseitigen Aufhebungsbefugnis durch Kündigung benutzt worden. Doch dem vermögen wir nicht beizutreten. Es liegt auch hier, wie Mommsen allerdings nur den Worten nach anerkennt, nur ein Zurückweisen der Leistung in unserem Sinne vor; auch er scheint nur durch die gleichen Wirkungen getäuscht ein Rücktrittsrecht hier, wenn auch indirekt, hineingetragen zu haben. Denn nimmt man an, der Gläubiger behielte noch eine Interessenforderung infolge der Verzögerung der ursprünglichen Leistung, weil er sich einen Ersatz nur mit großen Unkosten hatte verschaffen können, so kann er doch diese lediglich aus dem bestehen bleibenden Kontrakte einklagen. Im Übrigen verweisen wir auf das Seite 7 f. Gesagte.

Auch Windscheid, Pand. Seite 280, Anmerkung 1, ist dieser Auffassung, wenn er sagt: „Der Gläubiger hat", und zwar im Gegensatz zu einem Rechte vom Vertrage zurückzutreten, „nur das Recht, die Leistung zurückzuweisen — wenn er für das Bedürfnis, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweitige Fürsorge getroffen hat."

Wie ähnlich sich oft Rücktritt und Zurückweisung sind, möge noch an einigen Beispielen gezeigt werden:

1) A. schuldet dem B. zum 1. April den Hengst Ajax, A. leistet am vereinbarten Termin nicht. Tritt B. nun vom Vertrage zurück, als ob er nie geschlossen wäre, so bleiben auf keiner Seite Rechte und Verbindlichkeiten übrig, alles kehrt in den vorigen Stand zurück.

Wenn B. nur die Leistung zurückweist und auf Schadensersatz verzichtet, so bleiben ebenfalls auf keiner Seite Rechte und Verbindlichkeiten übrig; es ist also dem Effekte nach ganz dasselbe erzielt, wie im ersten Fall.

Sowie aber der Gläubiger seinerseits geleistet hat, sehen wir den großen Unterschied:

2) A. schuldet dem B. zum 1. April den Hengst Ajax, B. seinerseits hat schon vorgeleistet, nämlich die Stute Bellona. A. kommt in mora. Tritt B. nun zurück, so kann er den Hengst Ajax zurückweisen und die Stute Bellona zurückfordern. In diesem Falle ist auch jeder Schadensersatz, da er

nur mit der Kontraktsklage eingetrieben werden kann — wenigstens nach römischem Rechte — ausgeschlossen.

Weist B. die Leistung jedoch nur zurück, so kann er seinerseits die Stute Bellona nicht zurückfordern, sondern er ist in seiner Forderung lediglich auf ein Äquivalent für die entgangene Leistung nebst Schadensersatz beschränkt und zwar dies aus dem bestehen bleibenden Vertrage.

3) Hieran ist der Fall anzuschließen, der bereits oben erwähnt wurde. Wenn nämlich B. statt auf Naturalerfüllung auf das Interesse klagt und nun beweist, daß dies in der Restitution der Stute Bellona besteht, gleichzeitig auf Schadensersatz verzichtet, so tritt zwar bei günstigem Erfolge auch der status quo ante ein, nicht aber auf Grund eines Rücktrittsrechts, sondern auf Grund einer Interessenklage aus bestehendem Vertrage; der Vertrag ist also nicht aufgehoben, sondern modifiziert erfüllt worden.

Besonders sind endlich die Fälle in Betracht zu ziehen, in denen die Vorleistung in Geld bestand.

4) Nimmt man an, B. hätte vorgeleistet und zwar 1000; er tritt zurück, als ob der Vertrag nie geschlossen wäre, so muß A. das Kaufgeld zurückgeben und zwar 1000.

Weist B. nur die Leistung zurück und verzichtet auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so wird er auch nur 1000 fordern können; diese 1000 sind aber nicht sein Kaufgeld, sondern ein Äquivalent für die unterbliebene Leistung. So auch Römer, Zeitschr. f. H. R. Bd. 19 S. 123 ff.

II. Die in Betracht kommenden Obligationen.

§. 2.

Unsere Frage geht nun dahin, ob und wieweit neben der Zurückweisungsbefugnis auch ein Rücktrittsrecht für den nichtsäumigen Kontrahenten begründet ist.

Wenn wir zunächst die Obligationen in Betracht ziehen, welche für unsere Frage von Wichtigkeit sind, so wird ein Rücktrittsrecht von großer Bedeutung sein auf dem Gebiete der gegenseitigen Verträge. Bei Obligationen, woselbst der eine Teil lediglich lieferungsverpflichtet, der andere lediglich empfangsberechtigt ist, wird ein Abgehen des letzteren vom Vertrage nur einem Verzichte auf die gegnerische Leistung gleichkommen. Der verpflichtete Teil kann auf Abnahme nur klagen, wenn er mit dieser einen bedungenen Zweck erreichen will, beispielsweise, wenn er Geld schuldet, um durch die Abnahme sein Geld anlegen zu können, oder wie in l. 9. D. de a. e. v. 19, 1, weil er die Steine von seinem Grundstück fort haben will.

Wenn wir uns nun aber fragen — und dies wird praktisch oft wichtig — ob der Berechtigte, beispielsweise bei einem Vermächtnisse, wenn die Leistung verzögert wird, diese ablehnen und Schadensersatz fordern kann, so liegt wieder nur unsere Zurückweisung vor.

Anders bei den gegenseitigen Obligationen und unter diesen hauptsächlich den synallagmatischen Verträgen. Hier sind auf jeder Seite Rechte und Pflichten, in deren Sphäre die Wirkungen eines Rücktrittsrechts sich erstrecken; hier bildet die Hauptschwierigkeit, was aus der Gegenleistung wird, zu welcher der Zurücktretende doch verpflichtet ist, und auf welche andererseits der Gegenkontrahent ein Recht hat. Und auch diese Frage gestaltet sich wieder verschieden, wie wir oben sahen, je nachdem die Gegenleistung schon beschafft ist oder nicht.

B. Spezieller Teil.

I. Mora accipiendi.

§. 3.

Es kommen in den verschiedenen Vertragsverhältnissen mora solvendi und mora accipiendi in Betracht. Am wichtigsten sind die Wirkungen der ersteren; doch es muß auch auf die mora accipiendi eingegangen werden, da man auch als eine ihrer Folgen das Rücktrittsrecht bezeichnet hat.

Im Falle des Empfangsverzuges hätte ein solches Recht die Wirkungen, daß der Schuldner, wenn der Gläubiger die Leistung nicht rechtzeitig entgegennimmt, diese überhaupt nicht mehr zu erfüllen braucht und das seinerseits Geleistete zurückfordern kann. Aber ein solches Recht kann man dem vertragstreuen Schuldner allerdings nicht zugestehen und zwar aus zwingenden Gründen nicht; denn

1) hat der Verzug des Gläubigers nicht die Wirkung, daß er den Schuldner von seinen Verbindlichkeiten befreite[1]);

2) stehen dem Schuldner genügend gesetzlich anerkannte Mittel zu Gebote, auch ohne Mitwirkung des Gläubigers seine Verbindlichkeiten zu

[1]) Windscheid, Pand. §. 346. — Mommsen, a. a. O. S. 284 ff.

erfüllen, so Depositon[1]), Selbsthilfeverkauf[2]), im Notfalle auch Preisgeben der Sache[3]);

3) kennt auch das Handelsgesetzbuch ein solches Recht des nichtsäumigen Kontrahenten nicht, sondern auch nur Depositon und Verkauf[4]); und im Handelsverkehr würde ein solches Recht, wenn es notwendig erschiene, doch am ehesten anerkannt sein.

Auch hat ja für den Fall, daß der Zögernde schon gezahlt hat, der Verkäufer gar kein Interesse daran, den Kauf rückgängig zu machen; denn sein Zweck bei dem Geschäfte, nämlich den Kaufpreis zu erzielen, ist ja erreicht und hinsichtlich der nicht abgenommenen Waare stehen ihm ja die unter 2) genannten Hilfsmittel zu Gebote.

Es fragt sich nur, ob nicht mit dem Selbsthilfeverkauf und Preisgeben der Sache implicite dem Kontrahenten ein Rücktrittsrecht gewährt wird. Windscheid, a. a. O. §. 280, Anm. 1, sagt:

> „diese mora accipiendi kann namentlich von Bedeutung sein für die Entscheidung der Frage, ob nicht der Verkäufer die nicht abgenommene Waare weiter verkaufen dürfe. Darf er es, so entsteht der Schein eines Rücktrittsrechts, welches in der That nicht vorhanden ist."

Dieser Schein eines Rücktrittsrechts liegt namentlich in dem Falle vor, wenn der Kontrahent neben Abnahme der Lieferung auch noch Zahlung des Kaufpreises verlangen kann, welchen Fall auch Windscheid im Auge hat. Hier kommt es jedoch zu keiner Aufhebung des Vertrages durch Rücktritt, sondern zu einer Erfüllung durch Zahlung, indem sich der Verkäufer aus dem durch den Weiterverkauf erzielten Erlös befriedigt; daß der Vertrag nicht aufgehoben wird, sieht man ja aus dem Fortbestehen der Verpflichtung des Säumigen, indem er für einen eventuellen Minderbetrag haftet.

Nicht anders beim Selbsthilfeverkauf, wenn der Kaufpreis schon bezahlt ist; denn auch hier bleibt ja der Verkäufer dem Käufer verpflichtet, nur daß er ihm statt der Waare den Erlös derselben schuldet.

---

[1]) Vergl. Dernburg, II. §. 61. Hirsch a. a. O. S. 18ff.

[2]) l. 122, §. 3 D. d. v. o. 45, 1; l. 135, §. 2 eod.; l. 1, §. 3 de per. et com. 18, 6.

[3]) l. 1, §. 3, §. 4, l. 12, l. 14 pr. D. de per. et com. 18, 6. — Anders l. 8 D. de trit. 33, 6; vergl. hierüber Mommsen, a. a. O. S. 308ff., Madai, a. a. O. S. 470.

[4]) H. G. B. art. 343.

Ebensowenig tritt zurück, wer die nicht abgenommene Waare preisgiebt; denn wenn der Käufer die lectos emtos, deren sich der Verkäufer in der l. 12 cit. entledigt, an sich nimmt, so liegt Erfüllung, nicht Okkupation vor. Dasselbe ist der Fall bei dem effundere vinum, indem auch hier die Verbindlichkeiten keineswegs erlöschen; es liegt also gar kein Grund vor, hier ein Rücktrittsrecht anzunehmen und dies durch Singularität beim Weinkauf oder durch Notlage des Verkäufers zu rechtfertigen.

Zimmern, im Archiv für die civ. Pr. III. Seite 121 ff. hält den Satz aufrecht, daß der Schuldner sofort durch mora accipiendi des Gläubigers befreit werde, wenn er zur Erfüllung bereit war, nur bei Geldschulden sei Deposition erforderlich; hierdurch gewährt er ihm implicite eine einseitige Aufhebungsbefugnis, nur schränkt er dieselbe dahin ein, daß dem Schuldner keine Chikane zur Last falle. Den berechtigten Einwurf, wie denn der Schuldner, wenn die Obligation getilgt wäre, noch zur Herausgabe des nachher Gewonnenen, um so mehr der geschuldeten Sache, könne angehalten werden, daß dies doch vielmehr auf ein Fortbestehen der Obligation deute, beseitigt er mit einer zu den Folgen der mora solvendi gezogenen Parallele:

> „wie hier eine purgatio stattfände, selbst wenn der Gläubiger streng genommen nicht länger an die Obligation gebunden sein sollte, so entspräche ihr eine purgatio bei der mora accipiendi."

Nun ist doch aber eine purgatio gewiß ausgeschlossen, wenn der Gläubiger zurückgetreten, die Obligation also wirklich aufgehoben ist; das heißt doch aber, daß alle Verbindlichkeiten aus dem Vertrage erloschen sind, und man kann dann doch nicht mehr von einer mora reden, die purgiert werden könnte. Eine purgatio setzt eine bestehende Verbindlichkeit voraus, und diese ist doch nur bei einem bestehenden Vertrage möglich. Wenn Zimmern also hierzu eine Parallele zieht, so muß auch in den Fällen der mora accipiendi der Vertrag fortbestehen.

II. Mora solvendi.

1. Römisches Recht.

a) Interpretation der in Betracht kommenden Quellenstellen.

§. 4.

Von größerer Wichtigkeit ist, wie bereits bemerkt, der Verzug des Schuldners, mora solvendi; involviert diese dem vertragstreuen Kontrahenten ein Rücktrittsrecht oder steht ihm lediglich das Recht der Zurückweisung zu?

Man hat — um zunächst auf das römische Recht einzugehen — ein wirkliches Rücktrittsrecht in verschiedenen Quellenstellen zu finden geglaubt. So sind angeführt worden von Regelsberger a. a. O. S. 29:

l. 24, §. 4 D. loc. cond. 19, 2; l. 122, §. 3;

l. 135, §. 2 D. de verb. obl. 45, 1;

l. 10, l. 12. Cod. de a. e. v. 4, 49;

von Glück, Pand. IV, §. 330, S. 417:

l. 56 D. de contr. emt. 18, 1; l. 6 D. de leg. com. 18, 3; l. 6 Cod. de pact. int. emt. et vend. 4, 54.

Auf diese Stellen berufen sich auch Thibaut a. a. O. I, §. 85, I, 5; von Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Rechts, Bd. 2, u. a.

l. 10, C. 4,49 lautet: Cum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes.

Hiernach kann der nichtsäumige Kontrahent gegen den säumigen mit der actio emti sein Interesse an der rechtzeitigen Lieferung einklagen; hier ist jedoch von Rücktritt keine Rede; nur daß der redliche Kontrahent statt der Waare ein Äquivalent verlangen kann, ist hier ausgesprochen, und dies vermag er doch nur aus dem fortbestehenden Vertrage. Es liegt also auch hier lediglich ein Zurückweisen der Leistung vor.

Nicht anders liegt der Fall in l. 12 Cod. eodem. — — utque hoc verum est, sic, certae quantitatis ac mensurae districto vino, fidem placitis servandam esse convenit; quo non restituto, non pretii quantitatis, sed quanti interest, emti competit actio.

Wenn also der Verkäufer den Wein nicht liefert, so kann der Käufer sein Interesse einklagen, das auch den Kaufpreis übersteigen kann; er braucht sich nicht eine verspätete Leistung gefallen lassen.

Man könnte diese Stelle allerdings durch einen Trugschluß leicht für die Annahme einer wirklichen Aufhebung des Vertrages durch Rücktritt verwenden. Die actio emti, die in der citierten Stelle gewährt wird, kann ja auch auf Auflösung des Vertrages gehen[1]); dann liegt die Sache jedoch so, wie es in dem oben sub 3) Seite 10 angeführten Falle geschildert wurde, daß der Vertrag modifiziert erfüllt wurde, indem es nämlich zu einer Leistung

[1]) Windscheid, a. a. O. §. 393, Note 9.

des Interesses auf eine erhobene Klage hin kam, nur daß dies in der Auflösung bestand.

Die l. 56 D. cit., welche Glück heranzieht, muß wohl versehentlich angeführt worden sein, denn hier liegt ein Fall vor, der weder einen Verzug erwähnt, noch in seinem Thatbestande eine Beziehung zur mora enthält.

l. 6 C. 4, 54 ist ebensowenig für ein Rücktrittsrecht wegen mora des anderen Teils anzuführen; denn hier ist das Aufhebungsrecht die Folge einer unter den Parteien getroffenen besonderen Abrede, nicht eine direkte Folge der mora. Es zeigen dies die Worte: quando non impleta promissi fide dominii tui jus in suam causam reverti conveniat; auch weist ja der Titel, in welchem die genannte lex steht, auf Verträge hin, welche die Kontrahenten beim Kaufgeschäfte abschließen. Vergl. über diese Stelle auch Madai, a. a. O. S. 393, Burkhard, S. 303.

Auch l. 6 D. 18, 3 [1]), zu deren Verständnis man noch l. 5 D. eodem hinzunehmen muß, ist nicht beweiskräftig; denn hier ist das Rücktrittsrecht von einer bedungenen lex commissoria abhängig gemacht, wie ja auch der ganze Titel von dieser Klausel handelt.

l. 122, §. 3 D. 45, 1 behandelt folgenden Fall: Zwei Miterben verpflichten sich unter einer Konventionalstrafe von 100, ihren Anteil an einem gemeinsamen Grundstücke vor einer eventuellen späteren Veräußerung erst dem Miterben anzubieten. Nun tritt dieser Fall ein; der eine Teil bietet dem anderen seinen Anteil des Öfteren an, dieser beachtet dies jedoch nicht, so daß jener — coheres mulier — seinen Anteil schließlich veräußert. Die Frage, ob man von ihr die 100 fordern könne, wird verneint: obstituram doli mali exceptionem. Die Sachlage ist also, in Beziehung zur mora gebracht, folgende: Zwei Parteien verpflichten sich zu einem künftigen Kaufgeschäfte unter einer Konventionalstrafe; der eine Teil will erfüllen, der andere ist im Verzuge und zwar Annahmeverzuge, worauf der erstere zum anderweitigen Verkaufe schreitet und zwar mit Recht, denn er hat die Konventionalstrafe nicht verwirkt. Diese Stelle gehört also unter die Wirkungen des Verzuges des Gläubigers. Man kann diese Stelle auch folgendermaßen auslegen:

Zwei Parteien schließen einen Vorvertrag über ein künftiges Kaufgeschäft, der eine ist vorerst lediglich verpflichtet (nämlich anzubieten), der

[1]) Scaevola libr. II. Resp. — de lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emtorem factum sit, quominus lege pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esse, apud venditorem remansurum.

andere vorerst nur berechtigt (nämlich zu empfangen). Da er diese Berechtigung nicht ausübt, so kommen die Regeln in Betracht, die wir oben für Obligationen dieser Art angeführt haben (S. 10 f.)

Der Thatbestand der l. 135 §. 2 D. 45, 1 ist folgender: Seia verspricht dem Titius Gärten, die sie in seinem Auftrage gekauft hat, gegen Empfang des Kaufpreises zum Eigentum zu übertragen und zwar solle er, wie man in continenti ausmachte, bis 1. April den ganzen Kaufpreis zahlen. Wenn nun Titius nur einen Teil zahlt, nach dem Termin aber immer zur Leistung des Restes bereit ist, kann er dann ex stipulatu klagen? Scävola bejaht die Frage, wenn Titius nicht lange hernach angeboten, und Seia an pünktlicher Zahlung kein Interesse habe. Wenn also Seia dies hätte, so könne sie von ihrem Vertrage zurücktreten.

Fragen wir uns nun zunächst, ob hier überhaupt die mora in Betracht kommt. Dies wäre allerdings der Fall, wenn man den 1. April nur als Zahlungstag annimmt, nach der Rechtsregel, dies interpellat pro homine. Ist im vorliegenden Falle aber nicht vielmehr die Zahlung zum 1. April zur Bedingung erhoben? Doch jedenfalls. Zuerst wollte man das Geschäft allerdings unter laxeren Voraussetzungen schließen (cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset), aber Seia wollte sicher gehen, so daß sie den 1. April nicht nur als Tag der Leistung festsetzte, sondern die Zahlung an diesem Tage zur Bedingung des Zustandekommens der Übertragung erhob (convenit, ut intra Kal. Apr. primas universam summam numeraret). Sie hatte ja auch ihre Beweggründe dazu; denn sie hatte die Gärten ja selbst und zwar im Auftrage des Titius — nicht für ihn — gekauft, so daß sie ihrem Verkäufer gegenüber verpflichtet war; wenn nun dieser seinerseits den Kaufpreis verlangte, so mußte sie ihn doch beschaffen, und dies kann sie, wenn sie noch über die Gärten verfügen kann, indem sie schließlich sie anderweitig verkauft, sie kann es nicht, wenn sie sich mit Titius schon jetzt gebunden hat, so daß dessen Säumnis sie nun in die größten Ungelegenheiten bringt. Wenn dem Titius aber trotzdem ein Anspruch auf die Gärten zuerkannt wird, so geschieht dies lediglich aus Billigkeit, da er ja schon einen Teil bezahlt hat, auch den Rest zu leisten bereit ist, auch der Seia kein großes Interesse an pünktliche Zahlung zugesprochen wird (nec quidquam propter eam moram interesset), vielleicht daß der Verkäufer seinerseits das Geld noch nicht von ihr verlangt[1]).

[1]) So im Wesentlichen Mommsen a. a. O. S. 85ff. S. dagegen Kniep I, S. 9—13, Madai S. 394, 395.

Wenn wir so das Geschäft als ein bedingtes auffassen, so fällt damit auch Thibauts Ansicht, welcher in dieser Stelle dem Titius deshalb eine Klage auf Lieferung giebt, weil er durch seine Oblation die mora purgiert hätte; wäre er noch in mora, so könne Seia zurücktreten. Wie gesagt, liegt ja gar kein Vertrag mehr vor, von dem ein Rücktritt möglich wäre; denn er ist ja am 1. April deficiente condicione unwirksam geworden.

(Fortsetzung.)

§. 5.

Am wichtigsten aber und bestrittensten für unsere Frage ist die l. 24 §. 4 D. 19, 2[1]); diese lautet:

> Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquiennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui: nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur. Sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest; quod si paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt: nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuit.

Einem Pächter, der einen Kontrakt auf fünf Jahre eingegangen ist, wird das gepachtete Grundstück nicht eingeräumt. Er kann nun sofort wegen des ganzen fünfjährigen Zeitraums klagen und braucht eine spätere Einräumung des Grundstücks nicht anzunehmen, wenn nicht gerade wenige Tage nachher, und wenn sich seine Lage nicht verändert hat. Gleichzeitig wird ein zweiter Fall angedeutet (nam et qui), wo ein Pächter aus der Pachtung vertrieben sich ein anderes Grundstück gepachtet hatte; er braucht deshalb nun nicht zweierlei Pachtzins zu zahlen.

Auch aus dieser Stelle wird man nicht ein Rücktrittsrecht in unserem Sinne herauslesen können; denn dies steht ja nicht einmal dem Pächter bei gänzlicher Verhinderung zu, viel weniger also nur bei mora seitens des

[1]) Vergl. über diese Stelle auch unten S. 22 f.; ferner Kniep II. 366, Mommsen 257, Anm. 3, Madai S. 392 ff., Windscheid II. S. 280, N. 1, K. G. N. F. V. 14, I. 126.

Verpächters. Auch er hat nur einen Anspruch auf Schadensersatz, ohne daß er sein Pachtgeld zu zahlen verpflichtet ist; würde der Verpächter dies verlangen, so würde ihm eine exceptio doli entgegenstehen. Da der Pächter auch auf Ersatz des Interesses klagen kann (quantum per singulos annos compendii facturus erat), so ergiebt sich, daß der Vertrag fortbestehen muß. Es liegt also auch in dieser Quellenstelle lediglich die Befugnis vor, die Leistung des anderen Teils zurückzuweisen. Mehr folgert auch Windscheid, II. §. 280 Note 1, nicht aus dieser Stelle. Nach ihm

> „hat der Gläubiger nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist, wohin im Besonderen auch der Fall gehört, wo er für das Bedürfnis, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweitige Fürsorge getroffen hat. Es kann von dem Gläubiger nicht verlangt werden, daß er einen Nachteil, welchen er abwenden konnte (durch Nichtannahme der geschuldeten Leistung oder durch anderweitige Fürsorge für sein Bedürfnis) erleide, um hinterher Ersatz einzutreiben. — Mehr folgt auch aus l. 24 §. 4 D. loc. 19, 2 nicht."

Aus allen diesen zum Beweise eines wirklichen Rücktrittsrechts angeführten Stellen läßt sich demnach ein solches nicht entnehmen.

Es lassen sich aber noch andere Gründe dafür anführen, daß eine solche Befugnis dem Geiste des römischen Rechts nicht entsprochen haben würde. Zunächst wird da, wo über die Folgen der mora gesprochen wird, ein ius resiliendi a pacto nirgends erwähnt; so heißt es im allgemeinen immer nur, das Interesse sei zu ersetzen[1]), es finde eine perpetuatio obligationis statt, und als besondere Folgen finden sich Übergang der Gefahr, Erschwerung der Haftung, das Recht auf Verzugszinsen u. a., nie aber ein Rücktrittsrecht vom Vertrage[2]).

Verträge sind im Gegenteil gerade auf Bestehen und Erfüllung angelegt; so heißt es in der

---

[1]) l. 36 §. 2 D. de usufr. 7, 1: — — aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit, moram factam non esse.

l. 114 D. de verb. obl. 45, 1: Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus eo die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram factam non esse.

[2]) Vergl. Dernburg II. §. 41.

l. 8 C. de contr. emt. et vend. 4, 38: Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quae dedisti repetitio competit.

Ein ähnliches Prinzip stellt l. 14 C. de resc. vend. 4, 44 auf; auch in der oben angeführten l. 135 §. 2 D. 45, 1 finden wir ja das Bestreben, die Verträge aufrecht zu erhalten.

Ferner gehört l. 12 C. de rei vind. 3, 32 hierher, auch

l. 6 C. de act. emt. et vend. 4, 49: Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.

Ebenso kommen l. 1 pr. D. de act. emt. et vend. 19, 1 und l. 68 §. 2 i. f. D. de contr. emt. 18, 1 in Betracht.

b) Konstruktion der bilateralen Verträge.

§. 6.

Vor allem aber entspricht die Versagung eines Rücktrittsrechts der Art und Weise, wie das römische Recht die bilateralen Verträge konstruiert[1]).

Wenn hiernach jemand aus einem Vertrage zuerst erfüllt, so ist nicht etwa die Erwartung des Erfolgens der Gegenleistung die causa für sein Thun; er leistet im Gegenteil nur, wozu er aus dem Vertrage verpflichtet ist, also solvendi causa, nicht ob causam futuram, sodaß für den erfüllenden Teil weder ein Recht, das Geleistete ob causam non secutam, noch als indebitum zurückzufordern begründet ist. Wer also aus einem Kaufgeschäft den Kaufpreis zahlt, thut dies nicht, weil er bereits den Kaufgegenstand empfangen hat oder mit Rücksicht auf die demnächstige Lieferung desselben, sondern nur, weil er sich in dem Vertrage zur Zahlung der Kaufsumme verpflichtet hat. Wenn nun demnach die Gegenleistung ausbleibt, so kann er nicht etwa das seinerseits Geleistete zurückfordern und somit den Kaufvertrag aufheben, denn er leistete ja eben nicht der Gegenleistung, sondern seines Versprechens halber, der andere besitzt das Geleistete ja nicht sine causa, sondern kraft seines durch den Abschluß des Vertrages erwachsenen Forderungsrechtes.

c) Der römische Prozeß.

§. 7.

Doch noch zwei weitere Beweismittel kommen in Betracht, nämlich die Gestaltung des römischen Prozesses und die Einschränkung der Oblationsbefugnis.

[1]) Vergl. hierüber Römer in der Zeitschrift für H. R. XIX, 123 ff., ferner Windscheid, II. §. 321, 2; Vangerow, Pand. III. §. 626, 3.

Die Prozesse endigten zur Zeit der klassischen römischen Juristen und auch noch später[1]) regelmäßig mit einer Geldkondemnation. Hierdurch wäre an und für sich kein Einfluß auf den säumigen Schuldner auszuüben gewesen. Anders jedoch bei den arbitrariae actiones. Deren formula wies den Richter an, den schuldig befundenen Beklagten erst dann in Geld zu verurteilen, wenn er seiner Aufforderung, den Kläger durch eine bestimmte Leistung zu befriedigen, nicht nachkäme. Diese Aufforderung, Vorbescheid, ging auf ein restituere, exhibere oder solvere; beachtete ihn der Beklagte nicht, so hatte der Kläger das Recht, sein Interesse an der Leistung eidlich abzuschätzen, dessen Maximalhöhe allerdings der Richter festsetzen konnte. Da der Schuldner demgemäß eine seinem mehr oder minder kontraktwidrigen Verhalten entsprechende Geldkondemnation zu gewärtigen hatte, so war er bemüht, möglichst dem Kontrakte gemäß zu erfüllen.

d) Die Einschränkung der Oblationsbefugnis.

§. 8.

Nun könnte aber das Recht des Schuldners, durch Oblation die mora zu purgieren, die auf diese Weise gesicherte Stellung des Gläubigers erschüttern. Wenn also der säumige Beklagte in das Surrogatinteresse verurteilt werden sollte, könnte er diese Verurteilung dadurch abwenden, daß er den Kläger auch noch nach der Litiskontestation befriedigte, d. h. ihm das ursprünglich geschuldete Objekt leistete, dies nach der Rechtsregel: omnia iudicia esse absolutoria. Dies wäre natürlich namentlich dann dem Gläubiger von Nachteil gewesen, wenn er sich die unterbliebene Leistung schon anderweitig beschafft hätte, wie z. B. in der l. 24 §. 4 D. 19, 2, überhaupt, wenn sie kein Interesse mehr für ihn hätte.

Doch auch diesem Missstande wurde vorgebeugt und zwar durch eine Einschränkung der Oblationsbefugnis[2]), welche sich auf dem Gebiete der bonae fidei Kontrakte in großem Umfange vorfand, während für sie auf dem Gebiete der strieti iuris Obligationen erst Celsus der Jüngere eintrat[3]). Einmal lag es ja auch in der Hand des Kontrahenten, diese Befugnis einzuschränken. So suchte beispielsweise bei den penus legata der Testator den Bedachten dadurch vor einer unzeitgemäßen Oblation zu schützen, daß er für den Fall des nicht rechtzeitigen Anerbietens der penus die Zahlung einer bestimmten

[1]) Kniep II. S. 354 und §. 91.

[2]) Vergl. hierüber 1. B. Kniep II. §. 87, S. 353 ff., §. 86, S. 331 ff.

[3]) l. 91. §. 3. D. de V. O. 45, 1.

Summe sich ausbedang[1]); war also für die Leistung in natura ein bestimmter Termin festgesetzt, so brauchte sie der Legatar hernach nicht mehr anzunehmen. Wenn ein solcher Termin nicht festgesetzt war, so wurde diese Versagung der Oblation direkt an den Verzug des Schuldners geknüpft.

Dasselbe findet man auf dem Gebiete der Stipulation, so in l. 115 §. 2 D. d. V.O.: si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? ähnlich l. 44 §. 6 D. de obl. et act. 44, 7, l. 57 pr. D. de sol. 46, 3.

In allen solchen Fällen hörte, wie gesagt, die Oblationsbefugnis auf, wenn der Verpflichtete in Verzug kam[2]).

Nicht besonders ausgesprochen, aber doch in der Natur der Sache liegend ist es, daß die Oblationsbefugnis da ausgeschlossen war, wo ein Interesseanspruch wegen Nichterfüllung gewährt wurde, denn diese beiden Dinge schließen sich begrifflich aus.

Von besonderer Wichtigkeit für diese Frage ist noch die

l. 84 D. de S.O. 45, 1: Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet, quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices.

Die Ansichten über diese Stelle sind geteilt, die herrschende Meinung glaubt die Aufnahme derselben auf ein Versehen der Kompilatoren zurückführen zu müssen, da sie dem Grundsatze omnia iudicia esse absolutoria widerspricht[3]). Nach Cujacius[4]) und Donellus[5]) wird hier die Erlaubnis einer purgatio nur bis zur Litiskontestation nach dem Wortlaut der Stelle angenommen; diese Meinung findet sich auch in den Entscheidungen bei Seuffert, XV, 16, XI, 230, sachlich begründet die Stelle ebenfalls Kniep, II. S. 365.

Am sichersten geschützt gegen eine verspätete Oblation war jedoch der Gläubiger erst von der Zeit ab, wo ihm die condictio certi generalis gewährt wurde, kraft welcher er den Wert einer vorenthaltenen Sache abschätzen und diesen einklagen konnte. Wenn früher also in der rechtlichen Stellung zwischen Schuldner und Gläubiger ein Unterschied zu Gunsten des

---

[1]) Vergl. l. 19 pr. l. 24 D. quando dies leg. 36, 2; l. 1 D. de pen. leg. 33, 9.

[2]) Sabinus in l. 115 §. 2 cit: tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret.

[3]) v. Savigny, System V. S. 135, Anm. 10, Mommsen S. 34, Anm. 13.

[4]) I. Sp. 1220—1222.

[5]) XI. Sp. 1386, 1387 und 1351—1354.

ersteren darin bestand, daß er — auch wenn in Geld verurteilt — doch noch die Wahl hatte, auch die Nichtgeldleistung anzubieten, so war ihm dies nicht mehr möglich, sobald der Gläubiger mit der condictio certi generalis klagte. So Kniep a. a. O.

e) Die Rücktrittsbestimmungen bei Pacht und Miete.

§. 9.

Alles das im Vorstehenden Ausgeführte hätten wir dafür beizubringen, daß im römischen Rechte ein wirkliches Rücktrittsrecht wegen mora der Gegenseite nicht bestand. Es sind aber noch zwei Gebiete zu betrachten, auf welchen die herrschende Meinung ein Rücktrittsrecht anerkennt, nämlich Pacht und Miete einerseits, andrerseits die Innominatkontrakte. Hier finden sich allerdings Bestimmungen, welche dem Kontrahenten bei Verzug des anderen ein Rücktrittsrecht einräumen.

Um zunächst auf das erstere Gebiet einzugehen, so finden sich bei der Miete gesetzliche Normen dahin, daß auch vor Ablauf der kontraktsmäßigen Mietszeit dem Vermieter bezw. Verpächter ein einseitiger Rücktritt gestattet ist, wenn der Mieter bezw. Pächter zwei Jahre mit dem Mietszinse im Rückstande ist; vergl. l. 54 §. 1, l. 56 D. loc. 19, 2. Dasselbe gilt bei der Emphyteuse, wenn der Emphyteuta drei Jahre lang dem Grundherrn den Zins nicht leistet; vgl. l. 2 C. de emph. iure 4, 66; von einem biennium spricht nov. 120 cap 8. Ferner findet sich die gesetzliche Bestimmung, daß bei der Verpachtung öffentlicher Einkünfte Rücktritt wegen Nichtzahlung des Pachtgeldes sofort gestattet ist; vergl. l. 10 §. 1 D. de publ. 39, 4. — Es ist dies aber lediglich gesetzliche Bestimmung, die nicht einmal durch ein pactum de non expellendo ausgeschlossen werden kann; vergl. l. 54 §. 1 cit. Es ist dies auch nicht weiter wunderbar, da der Vermieter schon bei eigenem dringenden Bedarf den Vertrag aufkündigen kann[1]).

Alle diese Bestimmungen haben wohl dazu beigetragen, entsprechend auch dem Mieter ein Rücktrittsrecht zuzuerkennen, wenn ihm die Mietssache nicht rechtzeitig eingeräumt wird, ebenso dem Pächter, und zwar dies hauptsächlich auf Grund der l. 24 §. 4 D. loc. 19, 2[2]), die wir oben besprochen haben. Wir haben aber dort[3]) bereits gesehen, daß sich aus der genannten lex kein

[1]) l. 3 C. de loc. et cond. 4, 65.

[2]) Vergl. Keller, II. §. 337 B. sub 1, Dernburg, II. §. 111, Anm. 9, Vangerow, III. §. 463, Anm. 1, Note 2 a).

[3]) S. 17 ff.

wirkliches Rücktrittsrecht herleiten läßt, daß vielmehr hier nur eine Zurückweisungsbefugnis vorliegt. Aus der genannten Stelle gelangt Windscheid II §. 402, Note 4, zu folgendem Resultat:

> „Verzögerung der Erfüllung des Vertrages begründet für den Mieter ein Rücktrittsrecht nur insofern, als mit der Fortsetzung der Miete für ihn ein Schaden verbunden sein würde, welcher größer ist, als derjenige, welchen er seinerseits dem Vermieter durch seinen Rücktritt zufügt."

Der Grund ist natürlich, daß ja der Vermieter dem geschädigten Mieter diesen Schaden ersetzen muß, und es also auch in dessen Interesse ist, wenn sich der Pächter, wie in der l. 24, nach einer anderen Pachtung umsieht. Dieser eventuelle Schadensersatz kann aber nur aus einem fortbestehenden Vertrage gefordert werden.

Es kann aber auch in dem Falle, wo der Mieter schon die Mietssache benutzt und, da er die pensio eine gewisse Zeit lang nicht zahlt, dem Vermieter das gesetzliche Rücktrittsrecht zusteht, von einem solchen Rechte in unserem Sinne, so daß nämlich alles in den vorigen Stand zurückkehrt, und auf keiner Seite Rechte und Verbindlichkeiten übrig bleiben, garnicht die Rede sein. Ein solches ist sogar begrifflich ausgeschlossen, da ein Mietsvertrag ein auf Dauer abgeschlossener Vertrag ist, der den Vermieter zu immerwährender Leistung verpflichtet, indem er zu jeder Zeit dem Mieter das betreffende Objekt gewähren muß. Dies im Gegensatz zum Kauf, der den Verkäufer zu einer einmaligen Leistung verpflichtet. Nun kann man bei einer Auflösung des Kaufvertrages wohl die Kaufsache und Kaufsumme zurückgeben, und alles ist wieder wie vorher, man kann aber nicht die Thatsache des Gebrauchs des Mietsobjektes während einer bestimmten Zeit rückgängig machen. Es bleibt also für diese Leistung der Anspruch für die entsprechende Gegenleistung, nämlich den Mietspreis bestehen und zwar aus fortdauerndem Vertrage. Auf diesen Anspruch kann allerdings verzichtet werden, und dann ist der Vertrag aufgehoben, jedoch nicht durch wirklichen Rücktritt, sondern durch Verzicht.

f) Die Innominatkontrakte.

§. 10.

Das andere Gebiet, welches wir noch zu betrachten haben, ist das der Innominatkontrakte[1]). Hier hatte derjenige, der seinerseits erfüllt hatte, falls

[1]) Vergl. Vangerow, III. §. 599, Dernburg, II. §. 7, Wendt, Reurecht, Heft 1, die cond. ex poen. S. 43 ff.

die Gegenleistung ausblieb, ursprünglich nur das Recht, das seinerseits Geleistete mit der condictio sine causa zurückzufordern. Später konnte er die Gegenleistung mit einer actio praescriptis verbis, auch civilis in factum actio genannt, einklagen. Jene condictio sollte aber nicht nur stattfinden, wenn die Gegenleistung nicht rechtzeitig geschah (l. 1 §. 4 D. de rer. perm. 19, 4), sondern auch ex mera poenitentia (l. 3 §§. 1 u. 2, l. 5 pr. §. 1 D. de cond. causa dat. 12, 4). Wenn letzteres wirklich der Fall gewesen ist, so erklärt sich jene Rückforderung wegen Verzuges leicht; denn es wäre nicht auffallend, daß jemand einen Vertrag wegen Verzug aufheben könnte, der dazu auch ohne Verzug, ex mera poenitentia berechtigt gewesen wäre.

Nun hat aber Gradenwitz, Interpolationen S. 146, bestimmt nachgewiesen, daß jene in Betracht kommenden Stellen interpoliert sind, und auch sonst ist jenes Rücktrittsrecht sehr bestritten[1]). Aber auch abgesehen hiervon war ein solches Rückforderungsrecht bei Innominatkontrakten vollkommen begründet; denn wenn ein solcher gegenseitiger Vertrag nicht durch gegenseitige Stipulation zustande kam, so war er rechtsbeständig überhaupt doch erst vorhanden, bis einer der Kontrahenten leistete; dies that er demnach nicht solvendi, sondern obligandi causa, ob causam facturam. Blieb daher die Gegenleistung aus, so war die condictio natürlich für ihn begründet. Es war somit jenes Rücktrittsrecht nicht als eine besondere Folge der mora, sondern als eine Folge der Konstruktion der Innominatkontrakte gegeben. Ganz weggefallen ist diese Befugnis, seitdem die Verbindlichkeit formloser, obligatorischer Verträge anerkannt wurde; denn nun geschieht die Leistung des Kontrahenten nicht mehr contrahendi, sondern solvendi causa. Es verhält sich demnach nunmehr so, als ob früher ein für einen Innominatkontrakt geeigneter Fall durch Stipulationen abgeschlossen wäre, wo die condictio unzweifelhaft ausgeschlossen war.

g) Rückblick.

§. 11.

Wenn wir jetzt noch einmal die Stellung überblicken, die unsere Frage im römischen Rechte einnahm, so müssen wir zuerst anerkennen, daß dasselbe ein Rücktrittsrecht des nichtsäumigen Kontrahenten bei Säumnis des anderen in der Weise, daß alles in den früheren Stand zurückkehrt, nicht kannte, daß ein solches weder aus den dafür allegierten Quellenstellen entnommen

[1]) Vangerow, a. a. O. S. 240 ff.

werden kann, noch auch dem Geiste des römischen Rechts, wie es sich in dem Aufbau der synallagmatischen Verträge offenbart, entsprochen hätte; daß vielmehr nur eine Zurückweisung der debitorischen Leistung möglich war, wodurch scheinbar ein Rücktrittsrecht gewährt schien. Dies namentlich, wenn der verletzte Kontrahent sich inzwischen die entgangene Leistung auf andere Weise verschafft hatte. Wir sehen ferner, daß einer solchen Zurückweisung auch die ausgesprochene Tendenz im römischen Rechte entsprach, die Oblationsbefugnis des Schuldners mehr und mehr einzuschränken. Vor allem aber stand es ja dem Kontrahenten, dem an pünktlicher Erfüllung gelegen war, und der nur in einem wirklichen Rücktrittsrecht eine Heilung des durch die gegnerische mora entstehenden Schadens sah, frei, bei Abschluß des Vertrages eine lex commissoria hinzuzufügen. Trat dann die Erfüllung nicht pünktlich ein, so konnte er ja ohne weiteres zurücktreten, ohne erst im Wege des Prozesses Erfüllung bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

2. Gemeines Recht.

a) Das herrschende gemeinrechtliche Prinzip.

§. 12.

Das Prinzip des römischen Rechts in unserer Frage ist auch das gemeinrechtliche geworden, eingeschränkt nur für den Fall, daß dem Gläubiger die in Rede stehende Leistung durch den Verzug des Schuldners nutzlos geworden ist.

So heißt es in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten (1857) Th. II, S. 129:

> „Gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, daß bei allen zweiseitigen Verträgen die Nichterfüllung des einen Teils den anderen nur berechtigt, auf Erfüllung und Schadensersatz zu klagen, nicht aber vom Vertrage zurückzutreten; nur in dem Falle, wenn die Erfüllung nach eingetretenem Verzuge des Schuldners den Umständen nach Gläubiger nichts mehr nützen würde, ist der Rücktritt nachgelassen."

Regelsberger, a. a. O. S. 28, sagt:

> „Nach gemeinem bürgerlichen Recht erzeugt auch bei gegenseitigen Obligationen der Verzug des Schuldners für den Gläubiger nur eine Klage auf Erfüllung und Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung."

Dernburg, a. a. O. S. 114:

> „Der Verzug des Mitkontrahenten giebt dem anderen Teile kein Rücktrittsrecht, sofern dasselbe nicht bedungen ist oder aus der Natur

des Geschäfts folgt oder nach der besonderen Sachlage durch Billigkeit gerechtfertigt ist."

Windscheid's Ansicht haben wir schon oben kennen gelernt; erwähnt sei noch die folgende Ausführung (a. a. O. §. 321, 2):

„ein solches Rückforderungsrecht — nach heutigem Recht bei allen gegenseitigen Verträgen im Prinzip ausgeschlossen", dazu in Note 10: „Anders ist es auch nicht bei Verzug der Gegenseite."

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs zu §. 360:

„Der Grundsatz, daß, wenn der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der andere, abgesehen von den durch Gesetz oder Vereinbarung festgesetzten Ausnahmen, deshalb nicht berechtigt ist, einseitig vom Vertrage abzugehen, entspricht dem gemeinen Recht."

Glück, Pand., IV. S. 417:

„Zuweilen verursacht die mora des Schuldners, daß der ganze Vertrag ungiltig wird."

Thibaut, a. a. O.:

„Der Gläubiger kann von seinem Vertrage ganz abgehen."

Seuffert, a. a. O.:

„Entsprang die Schuld aus einem zweiseitigen Geschäft, so kann der Gläubiger, wenn er durch den Verzug den Vorteil daraus einbüßt, von demselben ganz abgehen."

Könnte bei den drei letztgenannten Schriftstellern auch der Wortlaut auf ein wirkliches Rücktrittsrecht deuten, so steht doch dem entgegen, daß sie ihre Ausführungen mit Quellenstellen begründet haben, welche, wie wir oben gesehen haben, nur eine Zurückweisungsbefugnis enthalten.

b) Die Entscheidungen der obersten Gerichte.

§. 13.

Auch die Entscheidungen der obersten Gerichte stehen auf dem Boden des römisch-rechtlichen Prinzips. Am deutlichsten ist dies bei einer Entscheidung bei Seuffert, Neue Folge I. 126, ausgesprochen. Nach dieser wird bei mora des einen Kontrahenten dem anderen ein Recht zuerkannt, welches „nur darin besteht, daß dieser die Annahme der verspäteten Leistung zurückweisen darf, wenn sie ihm in Folge der mora ganz unnütz geworden ist", nachdem vorher betont worden ist, daß der Verzug des einen Teils den anderen nicht berechtigt, von dem Vertrage abzugehen.

Einige Entscheidungen gestatten in manchen Fällen ein Rücktrittsrecht; es sind die dort vertretenen Ansichten aber meist unter Bezugnahme auf die römischen Quellen und auf Schriftsteller, welche nur eine Zurückweisungsbefugnis zulassen, begründet. So beispielsweise in einer Entscheidung des O.-G. zu Wolffenbüttel, Seuffert, Neue Folge III, 294, wo ein Rücktrittsrecht für den Fall zugelassen wird, daß das Interesse des nichtsäumigen Kontrahenten nach der Natur der Verhältnisse des konkreten Falls die Aufhebung des Kontrakts erfordere.

So hält auch eine weitere Entscheidung, bei Seuffert, N. F. V, 14, das römisch-rechtliche Prinzip fest, erkennt aber ein Rücktrittsrecht des Gläubigers an, „wenn er an der Erfüllung des Vertrages, an der Leistung des Schuldners infolge der mora des letzteren kein Interesse mehr hat, wenn der Zweck, welchen der Gläubiger durch den Gegenstand der Obligation erreichen wollte, durch die mora des Schuldners vereitelt ist oder wenn der Gläubiger durch die mora des Schuldners veranlaßt einen anderen Weg zur Erreichung des Zweckes eingeschlagen hat, sodaß ihm der Gegenstand jetzt nutzlos ist." Auch in dieser Stelle wird von einer „Rescission des Vertrages" gesprochen, andrerseits aber wieder die l. 24 §. 4 cit. in Betracht gezogen. Nach dem Titel, unter welchem die Entscheidung angeführt ist, handelt es sich darum, daß „das Recht zur einseitigen Vertragsaufhebung wegen Verzuges des Gegenkontrahenten noch nicht aus der Zahlungsunfähigkeit des letzteren folge."

Eine Aufhebung des Vertrages aus dem Gesichtspunkte des Interesses läßt zu eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes für Baiern bei Seuffert, N. F. V, 115. Hier ist jedoch auf die Kontraktsklage verwiesen (Windscheid, II §. 393, 9), sodaß hier kein selbständiges Rücktrittsrecht, sondern nur eine Klage aufs Interesse vorliegt, welches in diesem Falle allerdings in der Auflösung des Vertrages besteht.

Vergl. ferner für unsere Frage die Entscheidungen bei Seuffert, IX, 139, XXIII, 124, XXIV, 28, 29, XXXIII, 220, XXXV, 21, VIII, 351, XI, 141, 231, 232. XVII, 225, 226, XXI, 114.

Eine besondere Stellung nimmt die Entscheidung bei Seuffert, Bd. XVII, 101 (N. F.), ein; daselbst heißt es: „Bei zweiseitigen Verträgen begründet die Säumnis des einen Teils nicht ohne weiteres eine Rücktrittsbefugnis des anderen Kontrahenten." Auch wird daselbst von dem „Recht einseitig vom Vertrage zurückzutreten" gesprochen, und zwar wird dies dem vertragstreuen Teile eingeräumt, wenn er „nach den gegebenen Umständen gegründeten Anlaß hatte, auf andere Weise für das Bedürfnis Fürsorge zu

tragen, und wenn ihm die rechtzeitige gerichtliche Verfolgung seiner Ansprüche aus dem zweiseitigen Vertrage nicht helfen konnte." Hier finden wir also in der That ein wirkliches Rücktrittsrecht ausgesprochen.

c) Der heutige Prozeß.

§. 14.

Wenn man nach dem in den vorstehenden beiden Paragraphen Angeführten auch sagen muß, daß die gemeinrechtliche Lehre bezüglich unserer Frage auf den römisch-rechtlichen Anschauungen fußt, so kann man andererseits sich doch nicht dem verschließen, daß mehr und mehr die Tendenz hervorgetreten ist, ein wirkliches Rücktrittsrecht als Folge der mora anzuerkennen; daß aber ein solches den heutigen Erfordernissen des rechtlichen Verkehrs unzweifelhaft entspricht, davon wird noch unten die Rede sein. Was zunächst die gemeinrechtlichen Schriftsteller betrifft, so haben Thibaut, Glück und Seuffert allerdings ihre Ansichten — wie wir im §. 12 sahen — mit römischen Quellenstellen begründet, daß sie aber eine möglichst freie Stellung des Gläubigers gegenüber dem morosen Schuldner im Auge hatten, ergeben die Worte, welche sie gebrauchten, „von dem Vertrage ganz abgehen", „der ganze Vertrag wird ungiltig." Auch Dernburg scheint ein wirkliches Rücktrittsrecht im Auge zu haben. Er fährt nämlich, nachdem er für das gemeine Recht unter Umständen ein Rücktrittsrecht anerkannt hat, fort: „ein derartiges Rücktrittsrecht findet sich nach dem H. G. B. in ausgedehntem Maße bei Handelskäufen". Die zitierten art. 354 und 355 haben aber ein wirkliches Rücktrittsrecht zum Gegenstande.

Es ist bei Betrachtung unserer Frage nach römischem Rechte der römische Prozeß und die römisch-rechtliche Auffassung der bilateralen Verträge angezogen worden. Betrachten wir diese beiden Gebiete zu unserer Frage auch nach dem gegenwärtigen Stande.

Was zunächst den Prozeß anbelangt, so ist der große Unterschied zwischen dem römischen und heutigen, daß damals in der Regel die Rechtsstreite mit einer Geldkondemnation endeten, während das heutige Prozeßrecht dem Kläger eine Klage auf Naturalerfüllung gewährt, auf welche auch erkannt wird. Nach römischem Rechte mußte der säumige Beklagte eine Summe zu zahlen gewärtigen, welche der Gläubiger mit der oben genannten Einschränkung eidlich feststellen konnte. Heute wird auf Naturalleistung erkannt; aber nun kann sich die Beitreibung der erstrittenen Leistung noch lange hinziehen. Auch die im §. 773 C. P. O. gegebene Befugnis erfordert immer noch eine gewisse Zeit. Schließlich

kann der Richter auch mit den im §. 374 C. P. O. genannten Strafen nichts erreichen, wenn der Schuldner hartnäckig bleibt.

Ist es unter diesen Umständen nicht besser, daß der vertragstreue Teil nach eingetretenem Verzuge der Gegenseite ohne zu prozessieren, sofort bezw. nach Setzung einer geeigneten Nachholungsfrist zurücktreten kann? Gewiß ist der Einwurf berechtigt, ebensowenig wie der römische Schuldner es zu einer Geldkondemnation kommen lassen wird, wird der heutige Schuldner die Maßnahmen der §§. 773, 774 hervorrufen; aber jener wird es mit Rücksicht auf das in Geldkondemnation ergehende Urteil garnicht auf einen Prozeß ankommen lassen, sondern bemüht sein vertragsmäßig zu erfüllen, der heutige allerdings nicht auf Ordnungsstrafen, wohl aber auf einen Prozeß.

d) Die synallagmatischen Verträge.

§. 15.

Was ferner die Konstruktion der synallagmatischen Verträge betrifft, so ist dies eins der bestrittensten Gebiete[1]). Wir haben oben[2]) für das römische Recht denselben als aus zwei selbständigen Forderungen bestehend kennen gelernt, welche aus dem Kontrakte hervorgehen. Daß dieser selbst von jedem Teile nur geschlossen wurde mit Rücksicht auf die Leistungsbereitschaft des anderen, ist richtig, aber für unsere Frage unwesentlich. „Einmal entstanden", sagt Bechmann, „stehen sie sich selbständig gegenüber". Diese Auffassung ist für das römische Recht entschieden festzuhalten[3]). Es fragt sich aber, ob dieser Gesichtspunkt auch für das heutige Recht maßgebend ist; ob hier nicht eher die Kellersche Ansicht Platz greift, daß „jeder zu seiner Leistung nur unter der Bedingung verpflichtet ist, daß der andere die seinige auch mache"[4]). Dem streng formalen Sinne der Römer entsprach jene Gestaltung[5]) und umsomehr blieb diese Auffassung in ihrem Rechtsbewußtsein, als sich doch aller Wahrscheinlichkeit nach der Kauf als klagbares Geschäft durch die Abschließung zweier Stipulationen entwickelte, da ja der Konsensualvertrag dem älteren römischen Rechte fremd war[6]). Doch wie sich dieser starre Grundsatz schon im römischen Rechte milderte, weshalb sollen wir ihn

---

1) Vergl. Dernburg, II. §. 20.
2) Oben S. 19.
3) Vergl. auch l. 21 de her. 18,4.
4) Keller, Pand. I., S. 525.
5) Vergl. Dernburg, Kompensation S. 69.
6) Vergl. Mommsen, a. a. O. S. 417.

noch heute aufrecht erhalten? Mußte man doch den Konsequenzen dieses Systems schon in Rom durch die exceptio non adimpleti contractus begegnen.

Entspricht es aber denn dem Rechtsbewußtsein, daß die aus dem bilateralen Kontrakte entspringenden Forderungen so ganz selbständig bestehen? Wenn man den Kaufpreis zahlt, thut man es dann lediglich deshalb, weil man es dem Verkäufer versprochen hat oder nicht vielmehr in der Erwartung, daß nunmehr auch der Gegenkontrahent leistet? Gewiß hat eine möglichste Selbständigkeit der beiden Obligationen ihre Vorteile für sich, namentlich — wie Dernburg treffend sagt — bezüglich ihrer „leichteren Realisierung und prozessualen Durchführung"; man kann sich andererseits aber wohl kaum der vermittelnderen Ansicht, namentlich aus Rücksichten der Billigkeit, verschließen.

Wenn demnach die Kontrahenten nicht **so** strikt an ihre Versprechen gebunden sind, daß sie dieselben unter allen Umständen erfüllen müssen, geschützt nur durch genannte exceptio, so wird dadurch ihre Stellung auch eine freiere. Wir werden demnach ihnen ein Rücktrittsrecht auch eher zugestehen können. Die Voraussetzung für ihre Erfüllung ist ja nicht mehr lediglich die Verpflichtung, sondern die in Erwartung kontraktmäßiger Leistung von der Gegenseite eingegangene Verpflichtung.

So dürfte sich wohl aus diesen Betrachtungen ergeben, daß die römische Auffassung für die Begründung eines Rücktrittsrechts als Folge der mora nicht mehr maßgebend sein kann. Man muß überhaupt darauf verzichten, ein wirkliches Rücktrittsrecht auf römischer Grundlage zu konstruieren, da das römische Recht nicht ein solches, sondern nur eine Zurückweisungsbefugnis kennen konnte. So lange nur eine solche geboten ist, kann man allerdings auf das römische Recht zurückgreifen, und da dies zumeist der Fall, ein Rücktrittsrecht, wie wir unten sehen werden, nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sein wird, so sind auch für das gemeine Recht insoweit die Grundsätze des römischen Rechts über die mora anzuerkennen, wie ja überhaupt in dem weitaus größten Teile der Lehre über die mora; sobald aber ein wirkliches Rücktrittsrecht in Frage kommt, cessiert das römische Recht. Man braucht deshalb in keinen Gegensatz zum römischen Recht zu treten, sondern soll nur nicht römische Grundsätze in Verhältnisse hineintragen, denen sie notwendig fremd bleiben müssen. Soweit aber die römischen Regeln den Bedürfnissen des gemeinrechtlichen Verkehrs entsprechen, bleiben dieselben angewandt; doch nur so weit ist das römische Prinzip mit Recht das gemeinrechtliche geworden. Hat doch das gemeine Recht, da die römischen Grundsätze nicht ausreichten, diese verlassend, den Satz dies interpellat pro homine

herausgebildet, und ist doch dieser Satz trotz der vielen, namentlich in neuerer Zeit hervorgetretenen Anfeindungen, Rechtens geblieben.

Weshalb soll sich nicht auch, da die Bedürfnisse des Verkehrs es verlangen, ein wirkliches Rücktrittsrecht entwickelt haben, wenn man es auch nicht auf römische Grundsätze zurückführen kann? Nur anzudeuten sei hier noch daß ein Rücktrittsrecht in der Weise, „als ob der Vertrag nie geschlossen sei", auch in der Konkurs-Ordnung §. 18 gewährt wird.

e) Das Rücktrittsrecht auf dem Gebiete des Allgemeinen Landrechts, französischen und Handels-Rechts.

α) Das Allgemeine Landrecht.

§. 16.

Daß aber das römische Prinzip nicht mehr dem Verkehr genügte, wird auch ersichtlich, wenn man einen Blick auf andere Rechtsgebiete wirft, deren Einfluß auf unsere Frage für den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch nicht zu verkennen ist. Es ist in dieser Beziehung zu nennen das Allgemeine Landrecht, der code civil und das Handelsgesetzbuch.

Was das Allgemeine Landrecht betrifft, so ist zunächst allerdings das Grundprinzip des gemeinen Rechts in dasselbe übergegangen[1]). Diese Regel ist aber durch viele Ausnahmen durchbrochen[2]). Uns interessieren von diesen nur diejenigen, welche ein wirkliches Rücktrittsrecht enthalten. Hiernach erhält in §. 397 I. 5 derjenige, der mit Recht die Erfüllung weigert, die Wahl, Erfüllung nach Bestimmung des Richters zu fordern oder vom Vertrage abzugehen; wählt er letzteres, so ist in diesem Falle nach §. 401 cit. ein gegenseitiger Anspruch auf Entschädigung ausgeschlossen. Es liegt also hier ein wirkliches Rücktrittsrecht vor. Ein gleiches ist der Fall im §. 404 cit.; denn auch hier kann der Zurücktretende nach §. 405 keine besondere Schadloshaltung fordern.

Ein eigentliches Rücktrittsrecht findet sich ferner I. 11 §§. 229 und 230, letzterer Paragraph ist auch auf unbewegliche Sachen ausgedehnt worden. (Erkenntnis des ehemaligen O.-Tr. vom 15. IX. 43, 17. IX. 47, 12. X. 47). Es darf jedoch die Übergabe noch nicht erfolgt sein, sonst ist nur ein Anspruch auf Schadenersatz vorhanden. (Erk. vom 5. XII. 56).

---

[1]) I. 5 §§. 270, 276, 393, 394. I. 11, §. 231.

[2]) I. 11, §§. 229, 230, 981 ff., 207—209, 346, 938, 1001. — I. 5, §§. 397, 408, II. 5, §§. 49, 53. — II. 21, §§. 272, 273, 298.

Ein unbedingtes Rücktrittsrecht ist ferner anerkannt für den Verpächter und Vermieter beim Rückstand zweier Termine (I. 21, §. 298). Im übrigen s. §§. 391 und 392.

In I. 11, §. 938 A. L.-R., findet sich ein Rücktrittsrecht wegen Verzuges bei der Werkverdingung, ferner bei Verträgen, wo Sachen gegen Handlungen und Handlungen gegen Handlungen versprochen werden, I. 11, §§. 869 ff.

Das Resultat, das man aus den angeführten Bestimmungen für unsere Frage gewinnt, besteht darin, daß durch die vielfachen Ausnahmen von dem zu Grunde liegenden Prinzip bestätigt wird, daß dieses nicht mehr dem Verkehr genügte. Es hat aber auch die Praxis, wie Pauli a. a. O. S. 124 sagt, von der Regel „nachgerade soviel abgeschliffen, daß, wenn auch faktisch die Klage auf Erfüllung, wie es in der Natur der Sache liegt, die Regel bildet, doch der Geltung dieser Regel als gesetzlichen Prinzips der Boden genommen ist."

β) Der code civil.

§. 17.

Am weitesten geht bezüglich unserer Frage das französische Recht, wenn es im art. 1184[1]) des code civil den Grundsatz aufstellt:

> La condition résolutoire est toujours soustendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas, où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Mit diesem Satze, welcher völlig mit dem Konsensualprinzip bricht, scheint auf den ersten Blick den Interessen des redlichen Kontrahenten am sichersten gedient; denn er hat ja das Recht, bei Säumnis des anderen vom Vertrage abzugehen. Aber

> la résolution doit être demandée en justice,

und der Richter kann dem Schuldner nach den Umständen noch eine Nachholungsfrist gestatten. So ist die Schärfe, welche in der Theorie lag, doch in der Praxis durch diese Bestimmungen bedeutend gemildert. Da ferner der Gläubiger das Recht hat de demander la résolution avec dommages et intérêts, so deutet dies auf einen fortbestehenden Vertrag.

γ) Das Handelsrecht.

§. 18.

Von großem Einfluß war das französisch-rechtliche Prinzip auf das Handelsrecht, zunächst auf den preußischen Entwurf zu einem deutschen Handels-

[1]) Vergl. hierüber Regelsberger, a. a. O. S. 31, Pauli, a. a. O. S. 124 f., Gelbcke S. 6, Arndts, Pand. §. 235, Schluß der Anm.

gesetzbuche. Hier wird in art. 250 bei zweiseitigen Verträgen dem nichtsäumigen Kontrahenten wegen verzögerter oder nicht kontraktsmäßiger Erfüllung des anderen Teils die Wahl zwischen Erfüllung nebst Schadensersatz und gerichtlicher Aufhebung und Schadensersatz gewährt. Und zwar soll nach art. 251 die Aufhebung so geschehen, daß „jeder Teil dem anderen das bereits Geleistete zurückzugewähren hat"; „es tritt das Verhältnis ein, als wenn dem Vertrage eine auflösende Bedingung beigefügt gewesen wäre." Es ist ersichtlich, daß diese Erklärung zum Schlusse des art. 250 in Widerspruch steht; dieser deutet (wegen der erlaubten Schadensersatzforderung) auf ein Fortbestehen, jene auf eine Auflösung des Vertrages und zwar mit rückwirkender Kraft.

Es ist dies ein Fehler, welchen das A. D. H.-G.-B. vermieden hat, indem es in art. 354 und 355 zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Abgehen vom Vertrage, als ob er nie geschlossen wäre, unterscheidet.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch stellt nämlich betreffs des Verzuges der Gegenseite folgende Bestimmungen auf[1]):

Nach art. 354 und 355 hat der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist, und der Käufer, wenn der Verkäufer mit der Übergabe der Waare im Verzuge ist, die Wahl,

1) nachträgliche Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern,
2) der Verkäufer: das Recht des Selbsthilfeverkaufs und Schadensersatzes; der Käufer: statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern,
3) von dem Vertrage abzugehen, als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

In den letzteren beiden Fällen muß die Wahl dem anderen Kontrahenten angezeigt und ihm eine Nachholungsfrist gewährt werden[2]); der Verkauf richtet sich nach art. 343. Für Fixgeschäfte kommen ihrer Natur entsprechend verschärfte Bestimmungen in Betracht[3]).

δ) Zusammenfassung.

§. 19.

Das Allgemeine Landrecht mit seinen allerdings kasuistischen Bestimmungen und die mit dem Konsensualprinzip brechende Theorie des französischen

[1]) Über den Annahmeverzug s. art. 343; oben S. 11.
[2]) art. 356.
[3]) art. 357.

Rechts liefern den Beweis, daß man auch für den bürgerlichen Verkehr mit dem strengen Prinzip des römischen und gemeinen Rechts den heutigen Verkehrsbedürfnissen nicht mehr völlig gerecht werden konnte. In den Bestimmungen des Handelsrechts ist der Abschluß einer Entwickelung zunächst für Handelsgeschäfte gelegt, die gewaltsam auf Befreiung von dem genannten Prinzip hindrängte. Daß aber Handelsrecht und bürgerliches Recht nicht Gebiete sind, welche sich vollständig schroff gegenüber stehen, wie man unwillkürlich durch die gesonderten Kodifikationen anzunehmen versucht ist, ist ersichtlich; daß sich auf beiden Gebieten oft dieselben Tendenzen finden, ist nicht zu leugnen; weshalb soll man also nicht wie im Handelsrecht, so auch im bürgerlichen Verkehr dem Bedürfnis auf Befreiung von lästigen Banden, wie sie in dem Nochgebundensein an die Gegenseite bei Verzug derselben liegen, gerecht werden? Und wenn man einwendet, daß die Zeit im bürgerlichen Verkehr nicht **die** Rolle spielt wie im Handel, so soll dies auch garnicht verkannt werden, denn, wie nachfolgend gezeigt wird, ist das Rücktrittsrecht ja keine allgemeine Folge der mora, sondern nur aus bestimmten Voraussetzungen zulässig.

f) Das wirkliche Rücktrittsrecht.

α) Zulässigkeit.

§. 20.

Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, daß ein selbständiges Rücktrittsrecht als Folge der mora kein auf einzelne Entscheidungen und vage Billigkeit konstruiertes Rechtsgebilde ist, sondern daß es sich, da die römischen Grundsätze in dieser Frage nicht mehr ausreichten, den bürgerlichen Verhältnissen entsprechend und unter dem Einflusse der genannten drei Rechtsgebiete herausgebildet hat. Gegen die allgemeine Zulässigkeit des Rücktrittsrechts könnten sich allerdings mit Recht, wie schon im vorstehenden Paragraphen berührt, namentlich aus Rücksichten der Verkehrssicherheit Bedenken ergeben. Gegen eine solche, so daß der Kontrahent also nicht etwa wie nach Handelsrecht stets die Wahl zwischen Rücktritt und anderen Befugnissen hat, sprechen folgende Gründe:

1) Wie schon bemerkt, ist allerdings die Zeit auch im bürgerlichen Verkehr bei der Erfüllung gegenseitiger Verträge von Erheblichkeit, jedoch nicht in der Weise wie im Handelsverkehr; die meisten Fälle also, wo es auf genaue pünktliche Lieferung ankommt, werden dem Handelsrecht angehören und hier ist ja für Rechtsmittel des geschädigten Kontrahenten genügend Sorge getragen.

2) Wenn schließlich auch dem Gläubiger sicherlich durch ein so radikales Mittel, wie das der Gestattung des unbedingten Rücktritts geholfen wäre, so ist doch die Stellung des Schuldners in den Fällen eine sehr ungünstige, wo das Ausbleiben der Leistung ohne sein Verschulden eintritt. Wenn dem Gläubiger in solchen Fällen auch durch nachträgliche Leistung mit eventuellem Schadensersatz nicht geholfen ist, so ist dies allerdings der Schade des — wenn auch schuldlosen — Gegenkontrahenten.

Oft wird aber in Fällen des Ausbleibens der Leistung zu der vertragsmäßigen Zeit auch eine etwas später erfolgende nebst Schadensersatz dieselben Dienste thun, und so Gläubiger und Schuldner vor weiteren Nachteilen bewahrt bleiben. Hätte auch hier der Gläubiger sein unbedingtes Wahlrecht, so könnte er ja einfach auf Kosten des Schuldners spekulieren, nur, wenn er jetzt von irgend einer anderen Seite die Leistung billiger erhalten konnte, zurücktreten oder auch ex mera poenitentia.

3) Durch unbedingte Gewährung des Rücktrittsrechts würden wir indirekt zu der Auffassung des französischen Rechts zurückkehren, daß jeder Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen ist, was sowohl der Sicherheit des bürgerlichen Verkehrs als auch der juristischen Logik widerspricht, wenn es auch für das Handelsrecht nicht so unbillig erscheint.

β) Die materiellen Voraussetzungen.

§. 21.

Es wäre demnach ein wirkliches Rücktrittsrecht nur unter besonderen Voraussetzungen anzuerkennen.

Bevor jedoch diese erörtert werden, sei noch darauf aufmerksam gemacht, daß nicht in den Rahmen dieser Betrachtung diejenigen Fälle gehören, in welchen ein Rücktrittsrecht vertragsmäßig ausbedungen oder die Annahme der Erfüllung an das Eintreten einer Bedingung geknüpft ist. Es ist nur von den Fällen die Rede, in welchen ohne solche Nebenabreden ein Rücktritt möglich ist. Dies ist aber oft übersehen worden, wie beispielsweise zum Beweise eines wirklichen Rücktrittsrechts für das römische Recht Fälle aus den Quellen angeführt worden sind, in welchen ein solches vertragsmäßig bedungen war.

Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts sind nun materieller und formeller Natur; ersteres, soweit sie durch das Wesen der in Betracht kommenden Geschäfte oder durch besondere Umstände gerechtfertigt sind, letzteres, indem

sie — soweit zulässig — von dem zurücktretenden Kontrahenten erfüllt werden müssen, um seine Befugnis wirksam auszuüben.

Um zunächst auf die materiellen Voraussetzungen einzugehen, so kann es unsere Aufgabe nicht sein, de lege ferenda Bestimmungen zu normieren, die ein Rücktrittsrecht in gewissen Fällen gestatten; andererseits bestehen für das gemeine Recht ja keine positiven Bestimmungen, wie sie das Allgemeine Landrecht und Handelsgesetzbuch kennt; man muß deshalb vielmehr mit dem Gegebenen rechnen.

Zunächst ist für den Fall, daß dem Gläubiger die rechtzeitige gerichtliche Verfolgung seiner Ansprüche aus dem zweiseitigen Vertrage nicht helfen konnte, ein Rücktrittsrecht durch die oben[1]) genannte Entscheidung statuiert. Daselbst ist ferner gesagt, „wenn er nach den gegebenen Umständen gegründeten Anlaß hatte, auf andere Weise für das Bedürfnis Fürsorge zu tragen." Ferner läßt Dernburg[2]) ein Rücktrittsrecht zu, „wenn es aus der Natur des Geschäfts folgt oder nach der besonderen Sachlage durch Billigkeit gerechtfertigt ist." Diese etwas allgemein gehaltenen Ausführungen können vielleicht dahin präzisiert werden, daß ein wirkliches Rücktrittsrecht dann für den vertragstreuen Kontrahenten bei Verzug des Gegners anzuerkennen ist, wenn beim Abschlusse des Geschäfts aus der Natur desselben oder aus dem Willen der Parteien ersichtlich war, daß im Falle des Verzuges dem vertragstreuen Teil nur durch ein vollständiges Abgehen von dem Geschäfte geholfen werden könnte, ohne daß ein solches besonders bedungen wäre — daß sich der einzelne Kontrahent überhaupt nicht auf das Geschäft würde eingelassen haben, wenn er nicht die Gegenleistung hätte pünktlich erwarten können.

Es sind dies Momente, welche in die Zeit des Abschlusses des Vertrages fallen. Nun ist es aber wohl denkbar, daß sich in der Zwischenzeit Umstände ereignen, durch welche der Gläubiger genötigt ist, die Leistung durchaus pünktlich in Empfang nehmen zu müssen, wo anders ihm die Leistung nichts mehr nützen würde. Es sind dies aber Fälle, welche in den Gesichtskreis der vorerwähnten Entscheidung fallen, so daß auch hier für den Gläubiger gesorgt ist.

Windscheid sagt im §. 321 unter 2 seines II. Teiles der Pandekten:

> „Wer erfüllt hat, hat das Recht, von der Gegenseite Erfüllung zu verlangen; hat er auch das Recht, wenn diese Erfüllung ausbleibt, das von ihm Geleistete zurückzufordern?

---

[1]) Oben S. 27.

[2]) Oben S. 25.

Nach römischem Recht . . .; nach heutigem Recht ist es bei allen gegenseitigen Verträgen im Prinzip ausgeschlossen."

Zu dem letzten Satze heißt es in Anmerkung 10:

„Weil nach heutigem Recht auch der formlose Vertrag eine Verpflichtung erzeugt. Der Bestimmungsgrund für den Leistenden ist also immer die ihm obliegende Verpflichtung und diese fällt nicht weg dadurch, daß die Gegenseite die von ihr übernommene Verpflichtung nicht erfüllt. — Anders ist es auch nicht bei Verzug der Gegenseite, §. 280, Note 1[1])."

Nun heißt es aber im Text weiter:

„Doch steht es" – nämlich das Rückforderungsrecht — „auch nach heutigem Rechte dem Leistenden dann zu, wenn er in der irrigen Annahme bereits erfolgter oder in der Erwartung erfolgender Gegenleistung geleistet hat, und zugleich bei seiner Leistung in erkennbarer Weise hervorgetreten ist, daß diese Annahme bezw. Erwartung die Voraussetzung seiner Gegenleistung bilde."[2])

Hiernach aber kann Windscheid auch nicht mehr seinen Satz: „Anders ist es auch nicht bei Verzug der Gegenseite" uneingeschränkt aufrecht erhalten. Denn hier sagt er, daß der Gläubiger nicht zurückfordern könne, und es auch nicht anders bei mora sei, weil „die ihm obliegende Verpflichtung der Bestimmungsgrund für den Leistenden" sei. Wenn nun aber der Leistende „nicht geleistet hat um seiner Pflicht willen", sondern in „der Erwartung bezw. Annahme erfolgender Gegenleistung", und hier den Leistenden ein Rückforderungsrecht zusteht, sollte es da nicht auch anders bei Verzug der Gegenseite werden? Unseres Erachtens zwingen Windscheid's eigene Worte ganz logisch zu diesem Schluß. Es kann also die Norm des § 280, Note 1, auf welche Windscheid verweist, daß der Gläubiger wegen Verzuges nicht zurücktreten, sondern nur unter gewissen Umständen die Gegenleistung zurückweisen

---

[1]) Über § 280, Note 1, s. o. S. 9 und 12.

[2]) Hierzu heißt es in Anm. 10a und zwar zu b): „Erwartung erfolgender Gegenleistung, näher: daß die Gegenleistung erfolgen werde, ohne sie auf gerichtlichem Wege zu erzwingen." (Dies unterstützt die Seite 27 und die von uns angeführte Entscheidung) — „Der Leistende hat in diesem Fall nicht geleistet um seiner Verpflichtung willen, von der er wußte, daß er sie nicht zu erfüllen braucht, sondern in der That um der Gegenleistung willen." Vgl. übrigens auch Dernburg, Pand. II, § 21, Anm. 6 und 7. Hanauseck, „Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare II, S. 217, 218 f.

könne, für diesen Fall nicht aufrecht erhalten werden. Hier liegt also wirklicher Rücktritt vor; denn der Gläubiger fordert seine Leistung zurück und braucht die angebotene Gegenleistung nicht anzunehmen.

Die vorstehend geschilderten materiellen Voraussetzungen müssen also vorliegen, wenn ein Gläubiger wegen Verzuges der Gegenseite zurücktreten will. Es ist also der Rücktritt nur eine besondere Berechtigung und überall da ausgeschlossen, wo mit anderen gesetzlichen Mitteln, wie nachträglicher Erfüllung nebst Schadensersatz oder Zurückweisung, gedient ist. Hiermit sind aber alle diejenigen Fälle getroffen, in welchen der Gläubiger noch nicht vorgeleistet hat; denn in diesen steht nach der herrschenden Meinung — wie oben gezeigt — dem Gläubiger die Zurückweisungsbefugnis zu. Es ist demnach ein Rücktrittsrecht von besonderer Bedeutung für diejenigen Fälle, in welchen bereits vorgeleistet worden ist. Hier könnte der Gläubiger, wenn wir keine Rücktrittsbefugnis anerkennen, eine Restitution der eigenen Leistung günstigstenfalls durch richterliches Ermessen erlangen. Es hat dies mancherlei Mißstände; denn einmal ist, wie Madai ausführt, eine durch Richterspruch erzielte Auflösung nie einer durch einseitigen Rücktritt erzeugten in seinen Wirkungen gleich, andrerseits muß der Kläger erst beweisen, daß sein Interesse eine Auflösung erfordert. Hierzu wird er oft nur unter großen Schwierigkeiten imstande sein und dabei nicht vermeiden können, Thatsachen zu enthüllen, die er im Interesse seines geschäftlichen Verkehrs lieber verschwiegen hätte. Schließlich wird, wenn der Prozeß lange dauert, das Interesse des Klägers nicht mehr gewahrt werden können. Alles dies wird aber vermieden, wenn der Gläubiger sofort von dem Vertrage zurücktreten kann.

Fortsetzung.

§. 22.

Eine besondere Berücksichtigung verdienen noch diejenigen Fälle, in welchen die unterbliebene Leistung in Geld besteht, während die eigene schon geschehen ist. Für derartige Fälle kennt das Handelsgesetzbuch ein Rücktrittsrecht nicht; denn im art. 354 ist ein Rücktrittsrecht nur dann zugelassen, wenn die Waare noch nicht übergeben und der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge ist. Und das mit Recht; denn im Handel, wo die Waaren von Hand zu Hand gehen, wäre eine Rückgängigmachung des Geschäfts mit auflösender Kraft schwer durchzuführen. Und würde schließlich an Stelle der Waare, wenn sie konsumiert oder sonst nicht mehr vorhanden

wäre, ein Geldäquivalent treten, so bekommt der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht zahlen kann, dies ebensowenig wie die gleiche Summe in Form des Schadenersatzes. Schließlich muß ein Kaufmann auf solche Eventualitäten, wie Zahlungsunfähigkeit, gefaßt sein; bei ihm ist es thatsächlich eigene culpa, wenn er die kassatorische Clausel nicht hinzufügt.

Für den bürgerlichen Verkehr, namentlich bei den über Grundstücke abgeschlossenen Geschäften, welche ja nie Handelsgeschäfte werden können,[1]) läßt sich nicht dasselbe behaupten. Hier wird nach konkreten Umständen dem Gläubiger doch unter den genannten Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht zu gewähren sein. Denn angenommen, es braucht der Verkäufer sein an einem bestimmten Termine zu zahlendes Geld notwendig zu irgend einem wichtigen Zwecke, der Käufer ist säumig, soll er da auf die Klage auf's Interesse angewiesen sein und nun erst beweisen müssen, daß sein Interesse in der Restitution besteht und dies mit großen Schwierigkeiten und unter Aufdeckung diskret zu haltender geschäftlicher Thatsachen, um schließlich wieder in Besitz des Grundstücks zu kommen, wenn sein Zweck nicht mehr erreicht werden kann?[2])

Was schließlich den Fall betrifft, daß die eigene Vorleistung in Geld bestand, und nun bei Verzug der Gegenseite der Gläubiger seine Leistung zurückfordert, so wird es hier nicht nötig sein, diesem ein Rücktrittsrecht zu geben, weil er hier ja bei bloßem Zurückweisen aus bestehendem Vertrage Anspruch auf eine dem Kaufpreise entsprechende Summe nebst Schadenserſatz hat.[3]) [4])

γ) Die formellen Voraussetzungen.

§. 23.

Noch sind die formellen Voraussetzungen zu betrachten, an welche das Rücktrittsrecht zu knüpfen ist. Dieselben äußern sich in zweierlei Weise; einmal muß der Zurücktretende den Gegenkontrahenten von seinem Schritte

---

[1]) Vgl. H. G. B. art. 275.

[2]) Vgl. hierüber die wohl kaum dem Rechtsgefühl entsprechende Entscheidung bei Seuffert V, 14 und Lehmann, a. a. O. S. 5—10.

[3]) S. oben S. 10.

[4]) Anzuschließen seien hier die Resultate, zu welchen Kniep a. a. O. II, §. 87 (Einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung) gelangt. Auch er erkennt an (S. 373), daß „die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers auch außerhalb des Handelsverkehrs in gewissen Fällen" einzuräumen sei; ferner (S. 374) daß die Praxis bemüht ist, „einem Bedürfnisse des Lebens zu entsprechen." Vgl. i. B. die Ausführungen S. 376 und den Schluß des §. 87.

benachrichtigen, andrerseits ihm geeignetenfalls eine Nachholungsfrist gewähren. Zu diesen Erfordernissen führen folgende Erwägungen:

1) Es ist schon oben oft bemerkt, daß unser Rücktrittsrecht nicht regelmäßig die Folge der mora bildet, denn alle Verträge sind vorerst auf Erfüllung angelegt. Der Schuldner hat deshalb, wenn die Frist zur Erfüllung vorübergegangen ist, jedenfalls eine Klage auf nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz zu gewärtigen. Wenn also der Gläubiger diesen gewöhnlichen Weg nicht wählt, so muß er doch den Schuldner billigerweise benachrichtigen.

Tritt aber der Gläubiger nicht sofort zurück, weil ihm vorläufig noch mit einer verspäteten Leistung geholfen ist, so ist der Gegenkontrahent zur Vornahme derselben aus dem noch bestehenden Vertrage in erster Linie befugt. Hieraus ergiebt sich schon, daß die Setzung einer Nachholungsfrist nur dann Voraussetzung des Rücktrittsrechts ist, wenn dieses infolge der Natur des Geschäftes nicht sofort ausgeübt zu werden braucht.

Es giebt auch Fälle, in denen die Anzeigepflicht cessiert; doch dies nur dann, wenn der Termin der Erfüllung derartig hervorgehoben wurde, daß der Gegenkontrahent mit Sicherheit annehmen muß, daß er zu keiner verspäteten Oblation befugt ist. Hierher gehören alle die bekannten Fälle, wie Bestellung eines Brautbouquets, Reisekoffers, Fuhrmanns zur Abholung zum Bahnhofe 2c. 2c. Oft wird aber auch hier der Gläubiger von seiner Zurückweisungsbefugnis Gebrauch machen. Wenn z. B. der Fuhrmann nicht zur richtigen Zeit erscheint, um den Besteller zum Bahnhofe abzuholen, so nimmt dieser sich ein anderes Fuhrwerk, ohne den ersteren zu benachrichtigen, daß er auf seine Dienste verzichte. Er kann dann aber, wenn er dadurch Mehrkosten gehabt hat, Schadensersatz von dem ersten Fuhrmann fordern, und zwar aus bestehendem Vertrage. Verzichtet er hierauf, so liegt die Sache so, wie oben S. 10 im zweiten Falle zu 1) geschildert wurde.

2) Auch das Handelsrecht kennt diese Bestimmungen für das Rücktrittsrecht (art. 356) und es wird der gemeinrechtliche Gläubiger in dieser Beziehung kaum besser dastehen können, als der handelsrechtliche.

3) Anklänge finden sich schon im römischen Rechte für ähnliche Verhältnisse. So die Anzeigepflicht in l. 1 §. 3 D. de per. et com; rei. vend. 18,6; hier heißt es, nachdem dem Verkäufer beim Empfangsverzuge des Käufers das Recht gegeben ist, den Wein wegzuschütten:

> effundere autem non statim poterit, prius quam testando denuntiet emtori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur.

Andrerseits wird im römischen Rechte für den Fall des bloßen Zurückweisens eine Nachholungsfrist geboten, so lange es dem Gläubiger noch möglich ist; si omnia colono in integno sunt, heißt es in der l. 24 §. 4, D. 19,2. Um wie vielmehr muß dies nicht für die Verhältnisse des heutigen Rechts in Fällen zutreffen, wo ein viel schärferes Mittel gewährt wird.[1])

Schluß.

Zulässigkeit eines Schadensersatzanspruchs beim Rücktritt.

Es ist das wirkliche Rücktrittsrecht definiert worden als das einseitige Recht zur Auflösungserklärung eines geschlossenen Vertrages mit der Wirkung, daß der Gläubiger von dem Vertrage abgeht, als ob dieser nie geschlossen wäre. Es ist die Konsequenz daraus gezogen worden, daß nichts von dem Vertrage mehr übrig bleiben darf; res fit inemta, wie die Quellen bei der entsprechenden Wirkung der lex commissoria sagen. Es ist auf den Vorzug eines solchen Rechtes aufmerksam gemacht worden, indem der Zurückgetretene nunmehr völlig freie Hand hat, und ihn kein auch noch so loses Band mit dem Gegenkontrahenten verbindet.

Nun wäre aber gegen die praktische Anwendung unseres Rücktrittsrechts folgender Einwand zu erheben: Wenn der Vertrag vollkommen aufgelöst ist, so kann ja nicht mehr auf Schadensersatz geklagt werden; dies ist ja vielmehr nur aus einem bestehen bleibenden Vertrage möglich; es wird nun doch aber in Fällen, wo dem Gläubiger mit einem solchen Rücktrittsrecht wohl geholfen wäre, dasselbe ihm doch wieder insofern schaden, als er seine Schadensersatzansprüche aufgeben muß. Es wäre also dem rechtlichen Gefühle entsprechend erwünscht, wenn der vertragstreue Teil ein Mittel hätte, seine Ersatzansprüche geltend zu machen, welches nicht das Fortbestehen des Vertrages zur Voraussetzung hätte, da ja hieraus dann auch wieder der Schuldner Einreden herleiten könnte, verschleppender Natur, welche dem Gläubiger nachteilig wären. So lange das Erfüllungsinteresse in Frage kommt, muß allerdings jeder Ersatz ausgeschlossen bleiben; denn Erfüllung und Auflösung schließen sich eben begrifflich aus. Lehmann a. a. O., S. 26 geht wohl zu

[1]) Über die formellen Voraussetzungen des Rücktrittsrechts, vgl. auch Kniep a. a. O. II, S. 342 ff. und die dortigen Verweisungen; i. B. heißt es S. 343: „Will ein mahnender Gläubiger zur einseitigen Aufhebungsbefugnis durch Kündigung befugt werden, so muß er dies dem gemahnten Schuldner besonders anzeigen und ihm daneben noch eine den Umständen angemessene Frist zur Vornahme der Leistung gewähren."

weit, wenn er bezüglich des Entwurfs, I. Lesung, welcher diesen Gegensatz in den Motiven Bd. II, S. 211, gleichfalls hervorhebt, meint: „solche mehr doktrinären Räsonnements sollten den Gesetzgeber nicht beeinflussen." Und wenn schließlich auch für eine künftige Kodifikation einem dringenden Bedürfnis durch ein Mittel, das sich über die Doktrin hinwegsetzt, abgeholfen wäre, so behandeln wir ja unsere Frage für das Gebiet des bestehenden gemeinen Rechts und können auch nur das, was besteht, heranziehen. Und hier findet sich ja eine große Stütze in der Haftung für culpa in contrahendo.[1]) „Durch Verschulden bei Vertragsunterhandlungen kann man den beschädigen, welcher sich auf dieselben mit uns einließ," sagt Dernburg a. a. O. Man kann sich diese culpa am besten aquilisch erklären, wie denn auch die ältere gemeinrechtliche Theorie eine Haftung nach Analogie der lex Aquilia auch bei schuldhafter Schadenszufügung, die nicht Sachbeschädigung ist, angenommen hat, wovon jedoch die neuere Lehre abgekommen ist. Gewiß wird ja der wegen dieser culpa eingeklagte Schadenersatz selten einem aus dem Vertrage eingeklagten gleichkommen, da er ja nur im negativen Vertragsinteresse besteht. Es ist dies aber auch garnicht nötig, da man ja nicht Erfüllung will, indem man statt dessen ja zurücktritt und nun eben den Schaden ersetzt bekommt, den man dadurch erlitt, daß man sich mit dem Gegenkontrahenten einließ.

Nun könnte es aber zweifelhaft sein, wie sich denn aus der mora eine culpa in contrahendo rechtfertigen läßt, da die mora doch nicht beim Abschlusse, sondern erst später eintritt. Es springt hier jedoch, wie Ihering, Schuldmoment S. 46, sich ausdrückt, die culpa auf den Moment des Abschlusses zurück, indem der Kontrahent gegen den Satz verstieß: „niemand soll eine Leistung übernehmen, der er nicht gewachsen ist." Durch diese culpa hat der säumige Kontrahent bewirkt, daß der Vertrag zusammenfiel und hierfür kann er nun mit der außerkontraktlichen Klage[2]) in Anspruch genommen werden.

Der Unterschied zwischen dieser culpa wegen mora und der in den anderen Fällen ist ersichtlich; denn bei der mora ist ein Vertrag zustande gekommen, hinterher aber durch die culpa in contrahendo hinfällig geworden; in den anderen Fällen ist aus diesem Grunde überhaupt kein Vertrag erst

---

[1]) Vgl. darüber Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4. n. 1, Dernburg II, §. 10, sub 3, Windscheid. §. 307 n. 5.

[2]) Diese Klage gewährt Dernburg a. a. O. mit Recht, während nach Ihering die Kontraktsklage stattfindet; diese ist nur für die anklingenden Fälle des römischen Rechts geboten.

zustande gekommen. Die Ähnlichkeit ist die, daß bei beiden Arten zur Zeit der Ersatzforderung kein Vertrag mehr besteht.

Durch die Gewährung des bezeichneten Anspruchs wird man auch einer Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts (Bd. 14, S. 21) gerecht, in welcher es heißt:

> „Nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts kann die Verpflichtung desjenigen Teils, welcher durch Verletzung seiner kontraktlichen Pflichten dem anderen Teil einen gerechtfertigten Grund gegeben hat, den Vertrag für aufgehoben zu erklären, den Gegner schadlos zu halten, keinem Zweifel unterliegen."

Wenn demnach so zu einem wirklichen Rücktrittsrechte noch ein gewisser Schadensersatzanspruch hinzutritt, so stellt sich dasselbe in noch höherem Grade als ein praktisches Mittel den Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen heraus. Die Alternative „Rücktritt oder Schadensersatz", die — wie Lehmann a. a. O. S. 29 ausführt — „den Artikeln 354 und 355 des Handelsgesetzbuchs entnommen ist, bei denen sie sich in keiner Weise bewährt hat", wäre zwar nicht vollständig beseitigt, aber doch entsprechend gemildert, ohne dadurch mit den Grundprinzipien des Rechts über Verträge und Schadensersatz gebrochen zu haben.

Anhang.

Das Rücktrittsrecht nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Zweite Lesung.

Noch seien kurz die Bestimmungen angeführt, welche der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in seiner zweiten Lesung bezüglich unserer Frage trifft.

Zunächst sei hervorgehoben, daß der Entwurf an die Spitze des II. Teils, Buch II, Abschn. II (Gegenseitiger Vertrag) stellt:

§. 271. „Bei einem gegenseitigen Vertrage kann jeder Teil, soweit er nicht vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern."

Im besonderen heißt es dann im §. 277: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt die Leistung nicht innerhalb der Frist, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. . . .

Hat die Erfüllung des Vertrages in Folge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

§. 278 behandelt die sogenannten bürgerlichen Fixgeschäfte und gestattet einen Rücktritt, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt.

Es heißt sodann im Abs. 2:

„Ist der Schuldner im Verzuge, so kann der Gläubiger, sofern er nicht von dem Vertrage zurücktritt, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Für dieses Rücktrittsrecht gelten nach §. 279 die Bestimmungen des vertragsmäßigen. Diese sind in den §§. 298 bis 305 aufgezählt.

Nach §. 298 sind „die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, so untereinander verpflichtet, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Jeder Teil ist berechtigt, die ihm nach dem Vertrage obliegende Leistung zu verweigern, und verpflichtet, eine empfangene Leistung zurückzugewähren."

§. 299. „Die aus dem Rücktritt sich ergebenden beiderseitigen Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen."

§. 300. „Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung des Berechtigten gegenüber dem anderen Teile. Die Erklärung ist unwiderruflich."

Schließlich sei noch angeführt, daß die Motive zum Entwurfe I. Lesung bezüglich des dortigen §. 361, Abs. 1, welcher nach der „Nachweisung" dem genannten §. 278 entspricht, sagen: Neben dem Rücktrittsrecht kann der Gläubiger einen Interessenanspruch nicht geltend machen."

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 5. Aufl.
Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 1876/1884.
Burckhard, Lex commissoria, im Archiv für civ. Pr. Bd. 41.
Dernburg, Pandekten, 3. Aufl. 1892.
„ Lehrb. d. Preußischen Privatrechts. 3. Aufl.
„ Die Kompensation nach röm. Recht. 1854.
Gelbcke, Zeitschrift für H.-R. Bd. 1.
Glück, Pandekten. Bd. 4.
Gradenwitz, Interpolationen. 1887.
Hirsch, Paul, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig 1895.
Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. 4 n. 1.
„ Das Schuldmoment im röm. Recht.
von Keller, Pandekten. 2. Aufl.
Kniep, Die mora des Schuldners. 1871/1873.
Lehmann, Gustav, Die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge. 1891.
von Madai, Die Lehre von der mora. 1837.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abt.: Die Lehre von der mora. 1855.
Pauli, Neues Archiv für H.-R. Bd. 3.
Regelsberger, Über das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzuges in der Erfüllung.
„ Archiv für die civ. Pr. Bd. 50.
Römer, Goldschmidt's Zeitschrift für H.-R. Bd. 19.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 3. Aufl.
Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. 1.
Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. 1879.
Türke, Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen. Ju.-Diss. Göttingen 1891.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.
Wendt, Reurecht. Heft 1: Die cond. ex poen.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. 1891.
Wittich, De iure ob moram resiliendi a pactis. Gott. 1799.
C. W. Wolff, Zur Lehre von der mora. 1841.
von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Rechts. Bd. 2.
Zimmern, Archiv für die civ. Pr. Bd. 3.

Langenscheidt'sche Buchdruckerei, Berlin SW. 46, Hallesche Str. 17.